This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

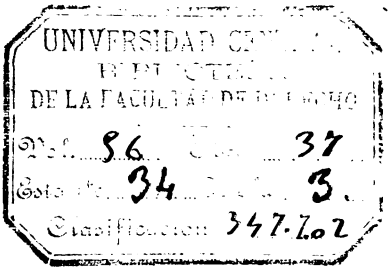
Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

H
2.2
DEL



TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE

DROIT COMMERCIAL

Digitized by Google

347.7 (44)

PARIS. -- TYP. DE COSSON ET COMP., RUE DU FOUR-SAINT-GERMAIN, 43.

Digitized by Google

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE
5315737008
D
54503

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE

DROIT COMMERCIAL

NOUVELLE ÉDITION

Comprenant, dans un ordre nouveau, l'ouvrage publié sous le titre

DU CONTRAT DE COMMISSION

OU

DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN MATIÈRE DE COMMERCE

PAR

M. DELAMARRE

Conseiller honoraire à la Cour impériale de Rennes, ancien Inspecteur de l'Académie du même ressort, Officier de l'ordre impérial de la Légion d'honneur et de l'Ordre...

ET

M. LE POITVIN

Docteur en droit, Professeur de droit commercial à la Faculté de Rennes.

SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL
UNIVERSIDAD DE MADRID

TOME TROISIÈME

FACULTAD DE DERECHO
SECRETARÍA

PARIS
CHARLES HINGRAY, LIBRAIRE-ÉDITEUR
RUE DES MARAIS-SAINT-GERMAIN, 20.

1861

b 18693799
i 25482326

Digitized by Google

Digitized by Google

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE

DROIT COMMERCIAL

SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL
FACULTAD DE DERECHO
MADRID

CONTRAT DE COMMISSION.

CHAPITRE PREMIER.

De la responsabilité des fautes en matière de mandat, et des dommages-intérêts qui en résultent selon le droit civil et le droit commercial;

De la solidarité passive en matière de commission.

§ I.

DE LA RESPONSABILITÉ DES FAUTES ET DES DOMMAGES-INTÉRÊTS QUI EN RÉSULTENT.

SOMMAIRE.

1. Il ne s'agit en ce paragraphe que des fautes imputables qui, outre le dol et le délit, constituent la responsabilité

Digitized by Google

d'un mandataire, laquelle entraîne l'obligation d'en réparer les suites; acception des mots *dommages-intérêts*.

2. Le désaccord des anciens auteurs sur la prestation des fautes subsiste encore sous le Code civil; les uns tiennent à l'ancienne classification : faute lourde, faute légère, faute très-légère; les autres, comme M. Toullier, n'admettent aucune distinction, chacun devant répondre de sa faute *etiàm levissimâ;* enfin M. Troplong enseigne que le Code civil n'a conservé que la faute grave et la faute légère, et que tout le désaccord provient de la rédaction vicieuse de l'art. 1137 du Code civil.

3. Le contrat de commission est désintéressé dans toutes ces controverses; M. Troplong a réfuté la doctrine de M. Toullier, mais lui-même donne à la définition de la faute grave trop d'étendue.

4. Toute la théorie du Code civil sur la prestation des fautes se résume dans l'art. 1137; la responsabilité des fautes est déterminée par un régulateur commun, la vigilance d'*un bon père de famille;* c'est le principe général, mais le Code se réserve d'y faire des exceptions, et il en a fait quelques-unes.

5. Le Code civil a procédé en établissant une règle, puis des exceptions; la division tripartite des fautes en est bannie virtuellement; seulement, par exception pour certains contrats, la loi exige tantôt plus, tantôt moins, et ce plus ou moins, la loi ne pouvait lui donner aucune dénomination; M. Troplong soutient donc avec raison contre M. Toullier que, dans le droit civil, la recherche des fautes très-légères est interdite.

6. Mais *l'esprit des lois du commerce diffère essentiellement de l'esprit des lois civiles;* celles-ci peuvent transiger avec l'insouciance trop ordinaire des hommes; il n'en est pas de même des obligations commerciales, et surtout des devoirs du commissionnaire; la doctrine de M. Toullier, encore bien qu'elle ne s'accorde pas avec le Code civil, s'adapte à la gestion commerciale; néanmoins l'application n'en est pas sans difficulté.

7. Divers titres auxquels un commissionnaire peut avoir en mains la chose d'autrui; à quelque titre qu'il la détienne,

Digitized by Google

il en est responsable, sauf cas fortuit ou vice propre; espèce récente, et arrêt de la Cour d'Aix.

8. *Quid juris* si, le cas fortuit existant sans la faute du commissionnaire, celui-ci a des fonds en espèces appartenant au commettant? Est-il responsable? Disposition du Code espagnol.

9. Deux sortes de dépôt : l'un où le commettant retient la propriété des espèces déposées, et supporte l'effet du cas fortuit; l'autre où le dépositaire rend, non les mêmes espèces, mais une somme égale à leur valeur numérique, et où *res abit in creditum*; le dépôt irrégulier est réputé intervenir tacitement entre le commettant et le commissionnaire, s'ils n'en sont autrement convenus; reproche qui peut être fait au Code espagnol, et justification de ce reproche; conclusion, principe général.

10. Lorsqu'il y a dépôt irrégulier, le commissionnaire n'en doit pas les intérêts; il ne peut même s'y soumettre sans altérer l'essence de la convention, qui se changerait aussitôt en prêt; la distinction entre les deux contrats n'est pas sans importance; du cas où le commissionnaire, requis de rendre les fonds, est en mesure de le faire, et de celui où il se trouve en demeure.

11. Lorsque la perte tombe sur des marchandises consignées, le règlement des dommages-intérêts se fait au moyen des cours; exemples des cas dans lesquels le commissionnaire doit tout à la fois le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*, ou bien le *damnum emergens* seulement; si elles n'ont subi qu'une détérioration, il suffit d'estimer le dommage; quand y a-t-il lieu de les laisser au compte du commissionnaire; c'est un point qui dépend des circonstances; s'il est chargé du cas fortuit, il ne doit pas, à proprement parler, les dommages-intérêts, mais le *damnum emergens*; sa condition est celle d'un assureur.

12. Vu les agissements divers dont un commissionnaire peut être chargé, sa responsabilité se présente sous une infinité d'aspects; néanmoins, il est certaines règles générales dont on ne peut s'écarter dans cette appréciation.

13. C'est un principe général qu'il ne doit à son commettant indemnité de la perte qu'il lui cause et du gain dont il le

Digitized by Google

prive, que si cette perte ou cette privation est une suite immédiate de l'inexécution ou de la mauvaise exécution du mandat; exemple; le commettant doit-il la preuve du *lucrum cessans?*

14. Il est néanmoins des cas où le commissionnaire en faute répond du préjudice indirect, c'est lorsqu'il résulte du mandat ou des circonstances qu'il a prévu ou dû prévoir ce préjudice; exemples divers.

15. Les espèces ci-dessus s'appliquent par analogie à toute commission, *mutatis mutandis,* selon la nature de la faute qui donne lieu aux dommages-intérêts.

16. Le principe fondamental est donc que, dans le droit commercial comme dans le droit civil, le mandant doit la preuve du préjudice; mais, si le mandataire civil peut dire quelquefois qu'il ne l'a pas prévu, le commissionnaire ne peut jamais proposer cette excuse.

17. Néanmoins, ce principe n'est pas sans exception; exemple et passage de Scaccia; espèce jugée par le tribunal consulaire de Paris, qui arbitre le dommage non prouvé, et règle d'avance les dommages-intérêts éventuels; ce mode de règlement peut être appliqué au commissionnaire qui a contrevenu à la promesse de faire certains agissements successifs et périodiques; explications à ce sujet.

18. Suivant la doctrine de M. Toullier, les fautes et l'ignorance sont excusables jusqu'à un certain point; et alors la loi permet non de ne pas adjuger des dommages-intérêts, mais de les modérer suivant les circonstances; cette doctrine n'est pas admissible; preuve de la proposition par l'examen des dispositions exceptionnelles des art. 1374, 1928 et 1992 du Code civil, sur lesquels on se fonde.

19. Comment doit-on entendre l'art. 1992 du Code civil? Signifie-t-il que, le mandataire gratuit étant en faute, le juge peut abaisser les dommages-intérêts au-dessous du préjudice réel, ou bien que la faute doit être appréciée avec indulgence, mais qu'une fois qu'elle est constante, le préjudice doit être réparé entièrement? Argumentation en faveur de ce dernier système, et arrêt de la Cour de Rennes; raisonnement en faveur de l'autre système; c'est la première interprétation qui doit prévaloir; il en résulte une

Digitized by Google

règle d'équité applicable à la commission; il est néanmoins une différence entre le mandataire gratuit et le commissionnaire non salarié, et quelle est cette différence.

20. Il y a deux cas où l'allocation du *lucrum cessans* est sans difficulté : 1° lorsque le commissionnaire est en demeure de remettre les fonds de son commettant; 2° lorsque la convention a réglé d'avance le *quantum* de l'indemnité.

21. Dans le droit civil, le mandataire simplement en faute n'est tenu que des dommages prévus lors du contrat, mais s'il est de mauvaise foi, il ne peut jamais prétendre qu'il ne les a pas prévus ; le commissionnaire ne peut non plus alléguer comme excuse qu'il n'a pas prévu le préjudice qu'il cause; cependant, dans le droit commercial, il n'en existe pas moins une différence entre la responsabilité des fautes et la responsabilité du dol; dans le premier cas, le commettant doit prouver le *lucrum cessans;* dans le second, le juge est moins exigeant, et, sur une présomption ou quelques adminicules, il peut déférer le serment au demandeur ; passage de Casaregis.

1. — Il ne s'agit ici que des fautes imputables. On ne reviendra donc pas sur ce qui a été dit des cas fortuits, t. 2, nos 176 et suiv. Rappelons seulement que tout mandataire peut s'en charger, et que, lorsqu'il s'en charge, il répond de leurs effets, alors même qu'ils sont arrivés sans sa faute.

Outre le dol et les délits, ce qui constitue la *responsabilité* d'un mandataire civil, ou d'un commissionnaire, c'est la faute qu'il commet en n'exécutant pas, ou en exécutant mal le mandat dont il s'est chargé ; à son tour la responsabilité consiste dans l'obligation de réparer les suites nuisibles de la faute, et cette réparation est elle-même ce qu'on appelle des *dommages-intérêts.*

Comme chacun de ces deux derniers mots a sa signification propre, leur réunion exprime une idée complexe.

Digitized by Google

Les *dommages* signifient l'indemnité d'une perte que le mandant éprouve, *quantum illi abest*; les intérêts (*interesse*), l'indemnité d'un gain dont il se trouve privé, *quantumque lucrari potuit* (L. 13, D. *Rat. rem. hab.*). Or il peut éprouver une perte qui ne le prive d'aucun gain, *v. g.*, si, par imprudence, je brûle vos marchandises, et que le cours en soit resté le même; et manquer de gagner, sans faire aucune perte, par exemple, si je vends vos savons au prix de leur facture, quand il ne tient qu'à moi de les vendre au-dessus.

Néanmoins les dommages et intérêts s'entendent, en général, ou de la perte éprouvée, ou de la privation d'un lucre, distinctement; ou de l'une et de l'autre cumulativement, *damnum et lucrum amissum* (1); et l'on exprime les deux ensemble ou séparément, par le mot *préjudice*, *detrimentum*.

2. — En aucun temps les jurisconsultes ne se sont bien entendus sur la matière ardue de la prestation des fautes. Le Code civil lui-même n'a pu les mettre d'accord.

Les uns semblent s'en tenir toujours à l'ancienne classification : faute lourde ou grave, faute légère, très-légère : *lata*, *levis*, *levissima culpa*. Dans ce système, on admet trois termes de comparaison : le père de famille des plus bornés ou des plus négligents, le bon père de famille, le père de famille très-soigneux, très-diligent; et, en comparant le débiteur suivant l'exigence du cas, à l'un de ces trois pères de famille, on juge que ce débiteur est ou n'est pas responsable de sa faute, selon que le contrat fut fait dans son seul intérêt, ou dans l'intérêt du créancier seul, ou dans leur intérêt réciproque. Au premier cas, le débi-

(1) Dumoulin, *De eo quod interest*, n° 7.

Digitized by Google

teur répond de la faute très-légère ; dans le second, de la faute lourde seulement, et de la faute légère dans le troisième.

D'autres prétendent que cette division tripartite est totalement abolie. Le promoteur de cette doctrine est M. Toullier (t. 6, nos 230 et suiv.). Dans son système, désormais nulle distinction entre les fautes. Chacun répond de la sienne *etiàm levissimâ*, que le contrat tourne exclusivement à l'utilité de l'une des parties, ou qu'elles en retirent une mutuelle utilité.

Enfin un troisième système est celui de M. Troplong (*de la Vente*, nos 361 et suiv.). Il reconnaît bien « qu'il « n'y a plus de différence entre les contrats qui procurent « un avantage mutuel ou un profit exclusif ; » mais il n'en soutient pas moins que le Code civil a conservé la faute grave et la faute légère. Quant à la faute très-légère, elle est, dit ce jurisconsulte, *renvoyée au domaine de la conscience*. Puis, définissant la faute grave et la faute légère, l'auteur poursuit ainsi : « La faute grave, c'est être plus « négligent pour la chose d'autrui que pour sa propre « chose ; la faute légère, c'est omettre le soin que le bon « père de famille, considéré comme être abstrait, apporte « dans la gestion de ses affaires. »

Suivant M. Troplong, tout le désaccord provient de la rédaction vicieuse de l'art. 1137 du Code civil. « Cet ar- « ticle, dit-il, est rédigé d'une manière embarrassée et « confuse. Il pose des règles trop générales ; il promet « plus qu'il ne tient. Il suppose l'existence de ce qui « n'existe pas, la faute très-légère, et il fait croire à la « suppression d'une distinction (*celle entre la faute grave « et la faute légère*) qui est maintenue dans toute sa vi- « gueur, et qu'il eût été injuste d'abolir. » (No 367.)

Digitized by Google

3. — Si le contrat de commission n'était pas désintéressé dans ces controverses, nous aurions résumé les arguments pour et contre, et l'on verrait la doctrine de M. Toullier victorieusement réfutée par son habile adversaire. Mais une telle analyse nous entraînerait trop loin de notre sujet.

Nous dirons cependant que la définition de la faute grave, donnée par M. Troplong, a beaucoup trop d'étendue. Énoncée dans les termes qui viennent d'être transcrits, elle embrasse toutes sortes de contrats et de quasi-contrats, et pourtant elle ne convient qu'au contrat de dépôt, objet unique de l'art. 1927 (1) où cette définition est puisée.

Car il ne faut pas croire, par rapport aux autres contrats, que, pour déterminer la responsabilité du débiteur, on puisse prendre comme terme de comparaison la conduite habituelle du débiteur lui-même dans ses propres affaires. C'est un mode d'appréciation particulier au dépositaire gratuit.

4. — Toute la théorie du Code civil sur la prestation des fautes se résume dans son art. 1137, qui ne nous paraît pas offrir la confusion et l'embarras que M. Troplong lui reproche. Cet article est ainsi conçu : « L'obligation « de veiller à la conservation de la chose, soit que la con- « vention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, « soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet « celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un « bon père de famille.

(1) « Le dépositaire doit apporter dans la garde de la chose dé- « posée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui « lui appartiennent. »

Digitized by Google

« Cette obligation est plus ou moins étendue, relativement à certains contrats dont les effets, à cet égard, « seront expliqués sous les titres qui les concernent. »

La loi commence donc par déclarer que la responsabilité des fautes sera déterminée d'après un régulateur commun, la vigilance d'*un bon père de famille*, et cela, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune. Voilà le principe fondamental, le principe général. C'est l'abolition expresse et claire de l'ancienne théorie, qui reposait sur cette utilité unilatérale ou réciproque dont, généralement parlant, le Code civil ne veut plus qu'on tienne compte.

Mais, après avoir ainsi posé le fondement de la théorie nouvelle, le législateur se réserve, par le second paragraphe de l'art. 1137, d'apporter des exceptions à sa règle générale, et de fait, il en a introduit quelques-unes, mais par rapport à certains contrats seulement. C'est tout ce qu'il avait promis, et il a tenu parole. Loin de détruire la règle, ces exceptions la confirment. Elles sont expresses, spéciales ; le juge n'en peut admettre d'autres par voie d'analogie.

Par exemple, un dépositaire entièrement sans intérêt, et qui ne s'est pas offert lui-même pour recevoir le dépôt (art. 1928 du Code civil) ne doit *légalement* aux choses déposées que les mêmes soins qu'il apporte aux siennes propres. Mais pourquoi ? Parce que l'art. 1927 le dit expressément. Si cet article n'existait pas, le dépositaire resterait soumis au régulateur commun ; et, le connût-on pour un homme habituellement négligent, il répondrait de la faute qu'on est convenu d'appeler légère, c'est-à-dire de celle qu'un bon père de famille ne commet pas ordinairement. Mais si ce dépositaire est connu comme

Digitized by Google

des plus soigneux, des plus vigilants pour ce qui lui appartient, il répondra de la faute qu'on est convenu d'appeler très-légère, c'est-à-dire de celle que ne commet pas ordinairement un très-diligent père de famille dans la gestion de ce qui lui est propre. Il n'est donc pas vrai que le Code civil ait totalement supprimé la faute très-légère ; seulement il est vrai qu'il ne l'a maintenue que par voie d'exception, et celle dont il s'agit ici est éminemment spéciale ; car ce n'est qu'au dépositaire gratuit que la loi dit : *ex moribus tuis te judico.*

Il en est ainsi de toutes les exceptions promises par l'art. 1137. Si l'on concède au juge le droit de les étendre d'un cas à d'autres, il ne reste plus de règle générale.

5. — Établir une règle, puis poser les exceptions, est un mode de procéder naturel et usité dans la confection des lois. Ainsi ont fait les auteurs du Code civil.

En un mot, ce que nous voulons dire, c'est que l'ancienne division tripartite et correspondante à l'utilité que l'une des parties avait ou n'avait pas dans le contrat, ou à leur commune utilité, n'entre pas comme un principe dans le Code civil ; au contraire, elle en est virtuellement bannie. Seulement, par des exceptions spécialement formulées pour certains contrats, la loi exige du débiteur tantôt moins, tantôt plus que la diligence du père de famille, et ce plus ou ce moins, chacun est libre de l'appeler comme il voudra. La loi ne lui donne aucun nom. Elle ne le pouvait pas.

En effet, comme le fait très-bien observer M. Troplong, toujours le législateur propose pour mesure de responsabilité des fautes, le *bon père de famille*, jamais un père de famille *très-bon*, *très-diligent*. Or la conduite habituelle d'un bon père de famille une fois admise comme mesure

Digitized by Google

unique, l'esprit ne conçoit plus la possibilité de distinguer les fautes entre elles par des qualifications comparatives ni superlatives, et voilà pourquoi vous ne trouvez jamais dans le Code ces expressions *fautes lourdes* (1), *fautes légères*, *fautes très-légères*. Les auteurs sont forcés d'employer ces locutions pour exprimer leur pensée; mais, parce qu'elles ne se rattachaient à rien dans l'économie de la loi, elles y eussent été autant de *non-sens*, une pure battologie. Si le législateur eût parlé une seule fois d'un *très-bon* père de famille, la force des choses l'eût conduit à se servir des mots *fautes très-légères*, et réciproquement des mots *fautes lourdes*, s'il eût parlé une seule fois d'un père de famille très-négligent.

Le régulateur commun étant donc le bon père de famille, c'est-à-dire un homme qui ne perdrait pas cette honorable qualification pour avoir commis quelque faute minime dans la gestion de ses affaires, c'est avec raison que M. Troplong soutient, contre l'avis de M. Toullier, que, dans le droit civil, *la recherche des fautes très-légères est interdite*, et que les fautes de cette espèce *sont renvoyées au domaine de la conscience*.

6. — Mais *l'esprit des lois du commerce diffère essentiellement de l'esprit des lois civiles*. Celles-ci transigent avec l'insouciance trop ordinaire au commun des hommes : on le conçoit ; c'est même une nécessité. Il n'en peut être ainsi des obligations commerciales, et principalement des devoirs d'un commissionnaire. Nous l'avons prouvé

(1) On y trouve une seule fois (art. 804) l'expression *faute grave*. M. Troplong fait justement observer qu'au temps de la discussion de cet article, les rédacteurs du Code n'avaient point encore arrêté leur doctrine législative touchant la prestation des fautes dans les conventions.

Digitized by Google

ailleurs (t. 2, n° 244), toujours certain de gagner, quelle que soit pour le commettant l'issue de l'opération, celui qui s'en charge doit à la chose commise non pas seulement les soins qu'il apporte à ses propres choses, mais les soins que la loi romaine exige de l'emprunteur à usage : *Exactissimam diligentiam custodiendæ rei præstare compellitur; nec sufficit ei eamdem diligentiam adhibere quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire potuerit* (L. 1, § 4, D. *De oblig. et act.*). Il faut que le commissionnaire soit l'homme aux cent yeux, *totus oculeus.* En fait de commission, point de fautes *vénielles* ; et, si la doctrine de M. Toullier ne s'accorde pas bien avec les dispositions du Code civil, elle s'adapte parfaitement à le gestion commerciale. « Le débiteur, dit-il, répond de la « faute la plus légère, pourvu qu'elle puisse lui être imputée. Quoique les fautes ne soient pas égales en morale ni « aux yeux de la loi lorsqu'il s'agit de les punir, toutes « sont égales lorsqu'il ne s'agit que de réparer le dommage « qu'elles ont occasionné..... Quelque légère que soit la « faute, elle n'est pas une raison suffisante pour appauvrir « le prochain... » (*Ubi sup.*, n°s 235 et 236.)

Mais si le principe est hors de tout doute, son application peut offrir certaines difficultés, qu'il nous reste à examiner.

7. — Un commerçant peut avoir des effets appartenant à autrui, soit parce qu'il les a achetés d'ordre d'un commettant, soit parce que celui-ci les lui a consignés pour les vendre ou pour les garder en entrepôt, ou pour les diriger sur un autre lieu. Quel que soit celui de ces titres auquel ils ont été reçus, le commissionnaire répond de leur conservation ; la responsabilité ne cesse, sauf le déchet naturel à certaines marchandises, que lorsque la destruction ou

Digitized by Google

la détérioration des effets provient de leur vice propre ou d'un cas fortuit, et nous avons vu que le cas n'est réputé fortuit qu'autant que le commissionnaire prouve n'avoir commis aucune faute. Une application du principe a récemment été faite dans l'espèce suivante.

Angelo Camagni, se trouvant à Constantinople, remet à Antoine Albert, négociant français résidant en cette ville, certaines marchandises dont il le charge, moyennant un droit de commission, d'opérer la vente au mieux de ses intérêts. Albert, qui n'avait pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un, confie les marchandises à une marchande de modes, chez laquelle un incendie éclate dans la nuit du 15 au 16 avril 1838. Pendant le désordre inséparable d'un tel événement, des malfaiteurs s'introduisent dans le magasin, probablement fermé avec trop peu de précaution, et les marchandises sont enlevées.

Albert proposa à Angelo de partager la perte par moitié; mais l'offre n'ayant point été acceptée, la contestation s'engage devant le tribunal de l'ambassade de France près la Porte Ottomane, qui repoussa l'exception de cas fortuit, sur laquelle Albert fondait toute sa défense.

La cause portée par appel devant la Cour d'Aix, arrêt du 28 février 1840, ainsi conçu : « Considérant que « les circonstances du vol dont s'est plaint la demoi- « selle Casset ne sont pas de nature à constituer un cas « de force majeure ; qu'ayant eu lieu *sans effraction ni* « *violence*, ce vol ne peut être imputé qu'à la négligence « de la demoiselle Casset ; qu'Albert est nécessairement « responsable des fautes de cette dernière, à qui il avait « confié les marchandises, etc. » (1).

Dans le cas où les voleurs se seraient introduits à l'aide

(1) V. *Journal du Palais*, 28 février 1840, t. 2.

Digitized by Google

de fausses clefs, la décision aurait encore été la même, à moins que la demoiselle Casset n'eût prouvé que la serrure était bonne, et que des cadenas étaient appliqués à la porte du magasin, si tel est toutefois l'usage à Constantinople.

8. — Mais, lorsque le cas fortuit existe sans la faute du commissionnaire, *quid juris* s'il a des fonds en espèces appartenant au commettant? En est-il responsable, nonobstant le cas fortuit?

L'art. 131 du Code espagnol décide la question affirmativement : « Quant aux espèces appartenant à son « commettant et que le commissionnaire aura en sa pos- « session, il répondra de tout dommage et de toute perte, « alors même que ce serait le résultat d'un cas fortuit ou « l'effet de la violence, à moins de convention expresse « contraire. » (Trad. de M. Victor Foucher) (1).

Cette loi ne fait que sanctionner un principe de droit, de tout temps applicable au contrat de commission.

9. — Un commissionnaire peut avoir entre les mains des fonds à son commettant, ou parce qu'ils lui sont provenus de l'exécution du mandat, *v. g.*, le produit d'une vente, la négociation d'une lettre de change, etc., ou parce qu'ils lui ont été remis pour l'exécution du mandat, par exemple, un achat, une assurance et autres contrats semblables. Dans aucun de ces cas, il ne peut, strictement parlant, être considéré comme dépositaire, parce qu'il n'y a de

(1) L'art. 60 du Code portugais contient une disposition semblable : « Todo o commissario é responsavel pelo damno ou extravio « (*perte par une cause quelconque*) de fundos metalicos que tenha « do committente, posto que provenientes do caso fortuito ou vio- « lencia, salva convençâo em contrario. »

Digitized by Google

dépôt, dans le sens légal du mot, qu'autant que la garde et la conservation des espèces ont été le but primitif et principal de leur remise. Alors le déposant retient la propriété des espèces déposées ; il en reste même légalement possesseur. Le dépositaire ne peut, *salvâ fide*, les employer à son usage, car il est tenu de les rendre *in individuo*, c'est-à-dire identiquement telles qu'il les a reçues. Si donc ces espèces sont perdues, détruites ou détériorées par l'effet d'un cas fortuit, c'est le déposant seul qui supporte le dommage en vertu de la règle *res perit domino*.

Mais on reconnaît une autre espèce de dépôt qu'on appelle *irrégulier*, et qui, sans être l'objet d'aucune disposition législative, n'en existe pas moins dans le droit et dans la pratique. C'est un contrat par lequel l'un des contractants confie à l'autre une certaine quantité de métalliques (1) à charge de rendre, *dès qu'il en sera requis*, non pas précisément les mêmes espèces, mais une somme égale à la valeur numérique qu'elles représentaient légalement le jour du dépôt.

On voit que cette convention a une grande affinité avec le prêt *mutuum*. En autorisant l'emprunteur à rendre *in individuo* les espèces empruntées, évidemment le prêteur l'autorise à en disposer. Il en est de même du déposant au dépositaire ; et, comme une telle autorisation implique nécessairement le transport du *dominium*, le déposant, aussi bien que le prêteur, cesse d'être propriétaire des espèces, pour le devenir d'une simple créance, *in creditum iri* (L. 31, D., *Locat.*).

Or, si les parties n'en sont autrement convenues, telle est la convention réputée intervenir tacitement entre elles, au moment où le commissionnaire reçoit des fonds de son

(1) Art. 306 C. port., *Dépôt irrég. et banq.*

Digitized by Google

commettant, ou pour son commettant. L'art. 231 du Code espagnol est donc très-conforme au droit, *res perit domino;* mais il n'en mérite pas moins un reproche grave, celui de ne laisser jour à aucunes exceptions, et il en est pourtant que l'équité réclame.

En effet, pourquoi présume-t-on ce dépôt irrégulier entre deux personnes qui n'y ont probablement pas songé? Pour prévenir, *in genere*, le dol d'un commissionnaire malhonnête homme, venant se dire victime d'un vol, d'un incendie, d'un malheur quelconque qu'il n'aura pas éprouvé, ou qui n'eut peut-être d'autre artisan que lui-même. Cette fraude n'est pas sans exemples. Mais il ne s'agit ici que d'une présomption *juris*, dont le propre est de céder à la vérité connue. Si donc il est prouvé, *v. g.*, que les fonds du commettant ont été constamment et soigneusement renfermés dans une caisse à part; que les flammes ont détruit, ou que des brigands ont violemment enlevé tout ce qu'il existait d'argent chez le commissionnaire, auquel on ne reproche ni connivence, ni négligence, ni imprudence, il serait très-injuste d'aggraver son infortune par une responsabilité fondée sur une présomption qui ne subsiste plus. Sa condition n'est pas précisément la même que celle de l'emprunteur. Le contrat de celui-ci est principalement fait dans son intérêt. Il est certain qu'il n'emprunte que pour se servir de la somme empruntée. Au contraire, alors même que la convention est expresse, le dépôt irrégulier se fait principalement en faveur du déposant, et ce n'est que *ex accidente* que l'usage en est permis au dépositaire qui peut-être ne s'en servira pas (Pothier, *Dépôt*, n° 82); encore cette faculté est-elle singulièrement restreinte par l'obligation où il se trouve de rendre le dépôt à première réquisition, peut-être une heure après l'avoir reçu. Qui ne serait frappé de l'injus-

Digitized by Google

tice si, dans cet espace de temps, les fonds périssaient par un cas fortuit, et qu'on en mît la perte au compte du commissionnaire? En pareille occasion, tout dépend des circonstances du fait : *de apicibus juris disputari minimè congruit;* on juge en équité, la main sur la conscience. Mais, nous l'avons dit aussi, autre chose est le droit, autre chose la loi. Quelle que soit celle-ci, elle doit être obéie. L'art. 231 du Code espagnol a donc le vice si prudemment signalé par le prince Cambacérès; il établit une règle trop positive qui, dans l'exécution, peut quelquefois résister à l'équité. Or, rien ne répugne davantage à l'esprit des lois du commerce.

Le principe général est donc que le commissionnaire répond des fonds du commettant, même en cas fortuit, sauf les exceptions commandées par des circonstances dont l'appréciation est abandonnée à l'équité du juge.

10. — Néanmoins, vu l'incertitude du moment où la restitution du dépôt sera demandée, le commissionnaire n'en doit pas les intérêts. Non-seulement il ne les doit pas de droit; il ne peut même s'y soumettre sans altérer l'essence de la convention qui se changerait aussitôt ou en un contrat de prêt, ou en une convention de compte courant, dont il est traité à part. Quand c'est un prêt, l'effet de ce changement est celui-ci : dans le dépôt, point de délai pour sa restitution; il doit être rendu aussitôt qu'il est demandé. Au contraire, il est de la nature du prêt de n'être pas sujet à une restitution instantanée; et voilà pourquoi, « s'il n'a pas été fixé de terme pour la restitution, le juge « peut accorder à l'emprunteur un délai suivant les cir- « constances. » (Art. 1900 C. civ.) Il en serait de même d'un prêt entre commerçants; car bien qu'en général le juge ne puisse accorder de délai pour l'exécution des en-

Digitized by Google

gagements commerciaux, cependant il le pourrait dans l'espèce proposée, étant d'évidence qu'un contrat de prêt ne peut accomplir sa fin sans un délai quelconque pendant lequel l'emprunteur jouira des fonds prêtés.

Envisagée sous ce rapport, la distinction des deux contrats ne laisse pas d'avoir quelque importance; la mise en faillite du débiteur peut en dépendre. Mais ce qui lui en donne une fort grande, c'est que, lorsqu'il y a dépôt irrégulier, et aussi longtemps que ce contrat subsiste, le commissionnaire ne doit pas l'intérêt des sommes reçues du commettant pour exécuter le mandat, ou recouvrées par suite de son exécution. On en verra plus tard de graves conséquences; l'intérêt n'est dû que du jour de la mise en demeure.

Lorsque le commissionnaire est en mesure de rendre le dépôt dès qu'il en est requis, les fonds sont réputés avoir constamment été tenus à la disposition du commettant. D'un autre côté, celui-ci n'étant pas en droit d'exiger identiquement les mêmes espèces, il s'ensuit qu'il sera pleinement remboursé par une somme numérique égale à celle que ces espèces représenteraient le jour de la restitution. Si donc j'ai reçu pour Jacques une somme de 1,000 fr., *v. g.*, en pièces de 5 fr., le 1er janvier, et que, dans l'intervalle de ce jour à celui de la restitution, cette monnaie ait été frappée par l'autorité publique d'une diminution de valeur numérique de 5 p. 100, je serai libéré moyennant 950 fr. en monnaies quelconques d'or ou d'argent, ayant cours légal en France. Si, au contraire, je suis en demeure, c'est une preuve évidente que les fonds n'ont pas été tenus constamment à la disposition de Jacques, et alors je ne serai libéré qu'en lui comptant 1,000 fr., valeur au jour du dépôt, en sorte qu'en le payant, par exemple, en pièces de 5 fr., je lui en donnerai 210, au lieu

Digitized by Google

de 200 que j'avais reçues, et de plus les intérêts depuis le 1er janvier.

11. — Lorsque le dommage est tombé sur des marchandises ou valeurs consignées, rien n'est plus simple que le règlement des dommages-intérêts. Il suffit, en général, de consulter les cours. *V. g.*, si j'ai facturé mes vins à 600 fr. le tonneau, et qu'au jour de leur perte par la faute du commissionnaire le cours s'en trouve élevé à 650 fr., je dois être remboursé sur le pied de ce dernier prix, qui contient à la fois le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*. Si au contraire le cours n'a point atteint le prix de la facture, et que, le jour de la perte, il ne soit que de 550 fr., c'est sur ce prix que doit être réglée la réparation du dommage, quand bien même, dans l'intervalle, le cours se serait élevé à 599 fr.; car, puisque le commissionnaire n'aurait pu vendre à ce prix sans excéder son mandat, on ne peut pas dire qu'il m'a fait quelque tort en s'abstenant de vendre. Les vins seront donc réputés n'avoir jamais valu plus de 550 fr. Inutilement dirais-je que j'aurais attendu et que, depuis la perte des vins, le cours s'en est élevé à 700 ou 800 fr. Les dommages-intérêts se règlent en l'état, et non sur des conjectures dont une chose détruite ne peut être l'objet.

Quand la marchandise n'a subi qu'une détérioration imputable au commissionnaire, le procédé est encore fort simple. On fait estimer le dommage par un ou plusieurs experts amiablement convenus, ou à défaut nommés par le juge. La détérioration peut être telle qu'il y ait lieu à laisser la marchandise au compte du commissionnaire, et à lui en faire payer le prix selon le mode indiqué dans le numéro précédent. Cela dépend des cir-

Digitized by Google

constances, de l'avis des experts, et, en définitive, des lumières et de l'équité du magistrat.

Le commissionnaire qui s'est chargé des cas fortuits ne doit pas précisément les dommages-intérêts, mais seulement le dommage, *damnum emergens*. Sa condition est la même que celle d'un assureur qui ne garantit pas le profit espéré.

12. — Mais un commissionnaire n'est pas seulement chargé de vendre, de conserver, de recouvrer; il l'est aussi d'acheter, d'envoyer, de procurer des assurances, de fréter, d'affréter, en un mot de s'employer à une foule de négociations différentes. Sa responsabilité doit donc se présenter sous une infinité d'aspects, dont la variété exige divers degrés d'appréciation. Elle peut être nulle, *v. g.*, si votre navire, que j'ai omis d'assurer, arrive à bon port. Elle peut aussi comporter une grande extension, selon la nature, et surtout selon le résultat de la faute ; néanmoins il est certaines règles générales dont on ne doit pas s'écarter pour refuser ou accorder l'allocation de l'indemnité, et, dans ce dernier cas, pour en déterminer la quotité.

13. — D'abord, c'est un principe général que le commissionnaire ne doit l'indemnité de la perte qu'il cause au commettant et du gain dont il le prive, qu'autant qu'il a prévu ou dû prévoir cette privation et cette perte, c'est-à-dire lorsqu'elles sont des suites immédiates et directes de l'inexécution ou de la mauvaise exécution du mandat. Il ne répond donc pas des suites éloignées et inattendues que quelques conjonctures auront liées au dommage principal ; sa faute a pu en devenir l'occasion ; mais la source en est dans la situation particulière des affaires de celui qui a reçu le dommage.

Digitized by Google

Par exemple, j'ai donné à Jacques l'ordre, qu'il n'exécute pas après l'avoir accepté, de m'expédier, pour le 1er décembre au plus tard, 300 paquets de rotin. Selon la loi romaine, cette inexécution n'oblige Jacques à aucune indemnité envers moi pour le *lucrum cessans* : *Neque enim*, dit le jurisconsulte Paul, *si potuit ex vino* (*putà*) *negotiari et lucrum facere, id æstimandum est* (L. 21, § 8, D. *De act. empt.*). « C'est là, dit M. Troplong, un « dommage extrinsèque et non prévu dans les marchés « ordinaires, etc.»

Il n'en est pas ainsi dans notre droit commercial. Le fait seul de la commission atteste que celui qui la donne pense avoir intérêt à ce qu'elle soit exécutée ; celui qui l'accepte n'a pas dû l'entendre autrement. Un commerçant ne se livre point à des actes qu'il juge inutiles. L'ordre donné ne prouve pas, il est vrai, qu'un gain sera fait ; mais il prouve qu'on l'espère. Le commissionnaire ne peut l'ignorer. Sa promesse équivaut donc à celle-ci : En cas que je n'exécute pas le mandat, et qu'il soit certain que son inexécution vous prive d'un gain, je m'engage à réparer le préjudice, *quantùm lucrari potueris*. La promesse est conditionnelle.

Mais la condition s'est-elle accomplie, voilà de quoi la preuve m'incombe. Sans cette preuve, rien de certain ; par conséquent rien ne m'est dû : *Interesse lucri cessantis ut debeatur*, dit Scaccia, *debet ex communi conclusione clarè constare quòd creditor habuit paratam negotiationem lucratoriam* (Part. 2, q. 7, § 1, n° 223). Il me faut donc prouver que la marchandise m'a été demandée, ou que l'occasion ne m'eût pas manqué de la placer, *v. g.*, à 12 p. 100 de bénéfice. Cela fait, l'indemnité m'est acquise.

Au reste, il est possible que j'aie ma preuve en mains :

Digitized by Google

par exemple, si j'ai vendu à livrer, la production du marché ne permet aucun doute.

Ici s'applique notre principe que les dommages-intérêts ne comprennent que ce qui est une suite *immédiate et directe* de l'inexécution du mandat. Faute de livrer j'ai pu, moi-même, être condamné en de gros dommages-intérêts, et tomber en faillite par impuissance de les payer. Cependant Jacques ne me doit que les 12 p. 100 dont sa faute m'a privé. Il ne peut être réputé avoir prévu que je vendrais à livrer. Sa promesse n'implique nullement une pareille prévision. Les dommages-intérêts auxquels j'ai été condamné ne sont donc qu'une conséquence médiate et indirecte de l'inaccomplissement de mon ordre ; celle de ma faillite, plus médiate et plus indirecte encore. La cause en est principalement dans le mauvais état de mes affaires que Jacques n'était pas tenu de connaître.

14. — Il est cependant des cas où la faute emporte obligation de réparer le préjudice indirect : c'est lorsqu'il résulte expressément ou tacitement du mandat ou des circonstances que le commissionnaire a prévu ou dû prévoir ce préjudice. Il en serait ainsi, par exemple, si j'eusse écrit à Jacques : « Soyez ponctuel, car j'ai vendu (ou je compte vendre) à livrer. Il devrait alors, outre les 12 p. 100 qu'il m'a fait perdre directement, les dommages-intérêts que mon acheteur a obtenus contre moi, sans rien devoir toutefois à raison de ma faillite, conséquence plus éloignée qu'il n'a pas dû prévoir (V. Dumoulin, *De eo quod interest*, n° 65).

Il en serait de même si, après avoir commencé l'exécution de mon ordre qui était de m'expédier, à prix convenu, tels et tels bois pour la réparation de mon na-

Digitized by Google

vire *le Neptune*, Jacques m'écrivait qu'obligé de partir pour une affaire pressante, il ne pourra plus continuer ses envois. Jacques me devra d'abord, pour dommages-intérêts directs, la différence du prix des bois que j'ai été forcé d'acheter plus cher; mais, comme je n'ai pu, malgré toute la diligence possible, me les procurer assez à temps pour que le navire fût livré, le jour convenu, à l'affréteur qui a fait résilier la charte-partie avec dommages-intérêts, Jacques m'en devra le remboursement ajouté au fret qu'il me fait perdre; car, bien que je ne lui aie pas dit avoir frété *le Neptune*, il a dû prévoir, par la nature de l'affaire et par les circonstances, que j'avais l'intention ou de le louer ou de m'en servir moi-même, n'étant pas naturel qu'on fasse réparer un navire pour le laisser dans le port, et n'en retirer que du dommage.

15. — Il n'est pas de commissions auxquelles on ne puisse, *mutatis mutandis*, appliquer en quelque point les exemples qui précèdent, selon la nature de la faute qui donnerait lieu aux dommages-intérêts.

16. — Dans le droit commercial, comme dans le droit civil, le principe fondamental est qu'il incombe au mandant de prouver le préjudice; mais le mandataire civil peut quelquefois être reçu à dire qu'il ne l'avait pas prévu, on ne pouvait le prévoir, et c'est une exception qu'un commissionnaire ne peut jamais proposer.

17. — Néanmoins, le principe n'est pas tellement absolu qu'il ne puisse souffrir quelques rares exceptions. Tel serait le cas où un négociant bien famé soutiendrait que la faute dont il se plaint lui a fait perdre l'occasion d'une vente avantageuse et au comptant à des étrangers

Digitized by Google

qu'il ne connaît pas. Si certaines circonstances rendent le fait vraisemblable, il est au pouvoir du juge d'allouer, *ex arbitrio boni viri*, une indemnité sagement modérée : *Quamvis solitus negotiari non probet in specie se præ manibus habuisse certam occasionem; tamen, si judici constet hunc creditorem esse virum sagacem et solitum negotiari..... poterit, juxtà loci consuetudinem, taxare moderatum interesse, quia probationes sunt arbitrariæ* (dépendent de la conviction), *et quòd mercatori solito negotiari concedatur non solùm interesse damni emergentis, sed etiam lucri cessantis* (Scaccia, *ubi sup.*, n° 234). Le tribunal de la Seine a récemment fait usage de ce pouvoir discrétionnaire.

Un marchand parfumeur se plaignait qu'on eût contrefait, entre autres produits de son industrie, le savon *Thermomètre de l'amour*. « C'est un pain de savon de « toilette enfermé dans une boîte octogone, sapin blanc « et or, sur le couvercle de laquelle est placé un petit « thermomètre en tout semblable à celui de Réaumur. « Mais les degrés, au lieu d'indiquer le froid ou la cha- « leur, indiquent, suivant l'inventeur, le degré de force « du sentiment de la personne qui place son doigt sur la « boule. Ce thermomètre est divisé en quatre parties : « *amour léger*, *amour tendre*, *amour constant*, *amour* « *passionné*, etc. (1). » La contrefaçon ne paraissait pas douteuse; mais le moyen de prouver le *lucrum cessans*, le tort que le faux thermomètre d'amour avait causé au véritable ? Cependant les juges ont, à bon droit, franchi la difficulté. « Considérant, porte le jugement du 26 février « 1841, que M.... ne produit aucune preuve pour établir « le préjudice qu'il prétend avoir éprouvé; que cependant

(1) *Gazette des tribunaux*, du 17 mars 1841.

Digitized by Google

« un dommage à dû lui être causé....., le tribunal arbi-
« tre le dommage à la somme de 200 fr..... ; fait défense
« à Q.... F...., sous peine de 20 fr. par chaque contra-
« vention, de vendre à l'avenir des savons avec les éti-
« quettes suivantes, etc.... »

Ainsi, voilà des dommages-intérêts éventuels, réglés d'avance par le juge. Rien ne s'oppose à ce qu'il en usât de même sur les conclusions du commettant, à l'égard d'un commissionnaire qui aurait contrevenu à sa promesse de faire certains agissements successifs et périodiques, *v. g.*, de me faire parvenir pendant un an, le premier de chaque mois, une certaine quantité de blé pour ma fourniture au port de Lorient. Ce règlement à futur a le double avantage de prévenir la multiplication des procès, et d'exciter le débiteur à cette ponctualité si importante dans les relations commerciales.

Que si, après un tel jugement, le condamné venait à renoncer au mandat, le commettant serait en droit de s'en tenir à la condamnation obtenue, ou de faire régler dans leur ensemble les dommages-intérêts ; car il n'avait conclu, et le juge n'a prononcé que pour le cas où le mandat serait continué. Néanmoins, une pareille option n'appartient pas au commissionnaire, parce que sa renonciation intempestive est une nouvelle faute qui ne peut être pour lui la source d'aucun avantage.

Mais le règlement à futur n'est qu'un mode exceptionnel qui ne saurait s'adapter à d'autres mandats que ceux qui comportent l'exécution fractionnée et périodique d'une seule et même commission. Il arrive donc le plus souvent que le règlement a pour objet un préjudice déjà souffert. L'art. 128 du Code de procédure civile porte que tous « jugements qui condamneront en des dommages-in-
« térêts en contiendront la liquidation, ou ordonneront

Digitized by Google

« qu'ils seront donnés par état. » Il est rare que ce dernier mode soit suivi dans la juridiction consulaire, à laquelle il n'est pourtant pas interdit d'y avoir recours si la nature de l'affaire l'exige. Mais le plus souvent les dommages-intérêts sont articulés et débattus à l'audience. Si le juge se trouve suffisamment édifié, il décide d'après ses propres connaissances; au cas contraire, il tarde à statuer et prononce tantôt sur l'avis d'un ou de trois arbitres, d'autres fois sur le rapport d'un ou de trois experts, qu'il nomme d'office, à moins que les parties n'en conviennent à l'audience (art. 429 C. pr.). La nature de l'affaire indique s'il faut des experts plutôt que des arbitres, et réciproquement. Mais leur travail ne lie aucunement le juge, qui reste toujours souverain appréciateur et du préjudice et de la quotité des dommages-intérêts.

18. — M. Toullier (*ubi sup.*, n° 289) enseigne que « les fautes et l'ignorance sont excusables jusqu'à un cer« tain point. La loi, dit-il, permet donc au juge, lorsqu'il « n'y a que faute ou négligence (*et point de mauvaise foi* « *ou de dol*), non pas de ne point adjuger des dommages « et intérêts, mais de les modérer suivant les circonstan« ces qui peuvent excuser le débiteur en faute. » C'est, suivant l'auteur, une induction qui se tire des art. 1374 (*negotiorum gestor*), 1928 (dépositaire), 1992 (mandataire gratuit).

Si, comme nous pensons l'avoir prouvé, n° 4, ces articles ne sont que les exceptions promises par l'art. 1137, dans lequel le législateur prend *le bon père de famille* pour règle commune de l'appréciation des fautes, l'enseignement de M. Toullier est évidemment contraire au vœu de la loi. Il est contre la nature des choses de fonder une règle générale sur des dispositions purement exception-

Digitized by Google

nelles. Le propre d'une exception est de n'en pouvoir produire d'autres ; elle est incarcérée dans sa spécialité. La doctrine inverse conduit droit à l'arbitraire dont M. Toullier se plaint dans le même numéro, où, en parlant indistinctement de tous les contrats, il accorde au juge le droit *de modérer les dommages et intérêts selon les circonstances qui peuvent excuser le débiteur en faute.*

Les dommages-intérêts peuvent être modérés quant au *negotiorum gestor*, par l'unique raison que l'art. 1374 le dit textuellement. La loi veut qu'on ait égard aux circonstances qui l'ont conduit à se charger de l'affaire, alors même qu'il a commis une faute que ne commettrait pas un bon père de famille, considéré par abstraction de ces circonstances, et rien n'est plus juste ; *v. g.*, si, quelques moments après avoir sauvé vos effets d'un pillage ou d'un incendie, je leur ai causé quelque dommage dans le trouble où j'étais encore. L'équité veut aussi qu'on me tienne compte du péril auquel je me suis exposé. Il serait injuste que mon dévouement devînt la cause de ma ruine. Le juge civil modérera donc ici les dommages et intérêts, comme le ferait, selon les circonstances, le juge commercial, *v. g.*, à l'égard d'un commissionnaire qui se serait porté *negotiorum gestor* après un cas fortuit ou un cas insolite.

Quant au dépositaire, les habitudes qu'on lui connaît sont l'unique mesure de sa responsabilité : *ipse sibi est lex*. C'est une exception toute spéciale. L'art. 1928 ne vient donc pas à l'appui de l'enseignement de M. Toullier.

Enfin, l'art. 1992 n'étant aussi qu'une exception exclusivement applicable au mandat gratuit, il est évident qu'on n'en peut faire la base d'une règle générale qui engloberait tous les autres contrats, ni même qui comprendrait aucun autre contrat. Ce serait retomber dans l'ancien arbitraire que le Code civil a voulu proscrire, et dont

Digitized by Google

M. Toullier se plaint lui-même, en reprochant aux juges une indulgence abusive, qui fait que le créancier dépouillé doit s'estimer trop heureux quand il est indemnisé de la dixième partie des pertes qu'il a souffertes.

19. — Mais comment doit être entendu cet art. 1992 dont le texte est ainsi conçu : « Le mandataire répond, « non-seulement du dol, mais encore des fautes qu'il « commet dans sa gestion. — Néanmoins, la responsabi- « lité relative aux fautes est appliquée moins rigoureuse- « ment à celui dont le mandat est gratuit, qu'à celui qui « reçoit un salaire » ? C'est une question qui n'est pas sans difficulté.

Ce texte signifie-t-il qu'après avoir reconnu que le mandataire gratuit a commis une faute, le juge peut abaisser les dommages-intérêts au-dessous du préjudice réel ?

Ou bien doit-on l'entendre en cet autre sens que la faute de celui dont le mandat est gratuit, sera appréciée *ex benignitate et humanitate ;* mais que, la faute une fois déclarée constante, le préjudice qu'elle cause doit être entièrement réparé ?

On peut dire, pour cette dernière interprétation, qu'il ne faut pas confondre la *responsabilité*, c'est-à-dire l'obligation de réparer le préjudice, avec le *quantum* de la réparation même. L'intention de la loi, peut-on ajouter, est que la faute d'un mandataire qui rend un pur service d'amitié, soit appréciée avec cette indulgence à laquelle n'a pas droit celui qui met un prix à ses soins ; en sorte que le même fait qui, respectivement à celui-ci, serait considéré comme faute, pourra n'en être pas une respectivement à l'autre. Mais si, malgré cette indulgence, le juge est forcé de reconnaître qu'il existe une faute de la

Digitized by Google

nature de celles que ne commet pas un bon père de famille, il n'est point en son pouvoir de réduire les dommages et intérêts. Le juge est établi pour rendre à chacun ce qui lui appartient, *suum cuique tribuere*, et non pour faire des libéralités du bien d'autrui.

Une autorité grave peut être invoquée au soutien de cette interprétation.

Un armateur, reconnu pour mandataire gratuit, avait commis la faute, également reconnue par les premiers juges, de ne pas faire assurer la part de ses quirataires dans un navire qui fit naufrage. Cependant, eu égard à la gratuité du mandat et à l'art. 1992, le tribunal de commerce de Morlaix avait modéré les dommages-intérêts. « Considérant, porte l'arrêt de la Cour d'appel de Rennes, « que, dans l'hypothèse admise d'un mandat purement « gratuit, le juge peut, il est vrai, s'autoriser de l'art. « 1992 pour déclarer, s'il croit devoir le faire, que le « mandataire n'est pas responsable de l'inexécution du « mandat ; mais que, la responsabilité une fois reconnue « comme le résultat d'une faute grave, on ne saurait en « atténuer discrétionnairement les effets, sans sortir des « limites dudit art. 1992, et sans contrevenir aux dispo- « sitions combinées des art. 1991 et 1149 du Code civil, « lorsque, surtout, l'étendue du préjudice est constatée « d'une manière authentique. » (*Rec. des arrêts de la « Cour royale de Rennes*, t, 4, p. 588.)

Mais ne peut-on pas faire cet autre raisonnement ? L'art. 1149 du Code civil porte que « les dommages et « intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte « qu'il a faite et du gain dont il a été privé, *sauf les ex- « ceptions et modifications ci-après.* » Ces dernières expressions font voir évidemment qu'il est un ou plusieurs cas où les dommages et intérêts ne seront pas de la perte

Digitized by Google

que le créancier éprouve et du gain dont il est privé. L'argument *à contrario sensu* procède directement ; il est donc irrécusable.

Cela posé, que dit l'art. 1992 ? Il ne dit pas, comme l'arrêt le lui fait dire, que la responsabilité du mandataire gratuit sera appréciée moins rigoureusement que la responsabilité du mandataire salarié ; il dit seulement que l'application en sera moins rigoureuse. Or en quoi peut consister cet adoucissement dans l'application ? La chose est fort simple. L'art. 1149 dit qu'il est des cas exceptionnels où la réparation due en général ne sera pas entière, c'est-à-dire, d'après le texte de cet article, ne comprendra pas, outre l'indemnité de la perte que le créancier souffre, l'indemnité du gain dont il se trouve privé. Or un de ces cas est celui du mandat gratuit, puisque l'art. 1992 veut que la responsabilité lui soit appliquée moins rigoureusement qu'au mandat avec salaire. Ainsi, par le rapprochement des deux articles, l'on voit que le mandataire salarié doit tout à la fois le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*, et que le mandataire gratuit ne doit que le *damnum emergens*, et c'est en quoi consiste l'application moins rigoureuse de sa responsabilité. Voilà le droit civil. Cette interprétation est d'autant plus plausible qu'elle est conforme à l'ancienne jurisprudence, d'après laquelle le mandataire ne devait point le *lucrum cessans*, par la raison que le mandat était essentiellement gratuit. On ne découvre pas le motif de le traiter plus rigoureusement depuis que le Code civil a reconnu le mandat salarié ; c'est toujours l'espèce de la loi 21, D. *De act. empt.*, invoquée par M. Troplong, et ci-dessus rapportée.

Mais le jugement de Morlaix n'en devait pas moins être réformé pour avoir réduit l'indemnité de la perte. Il ne dépend pas du juge d'abaisser le *damnum emergens*.

Digitized by Google

Il doit l'allouer tel que les preuves le constatent, et, à défaut de constatation, tel qu'il l'estime en son âme et conscience. C'est ce qui nous semble résulter de la combinaison des art. 1149 et 1992 du Code civil ; et, comme il en découle une règle d'équité, rien ne s'oppose à ce qu'il en soit fait usage à l'égard d'un commissionnaire gratuit.

Il y a cependant cette différence entre le mandataire gratuit et le commissionnaire non salarié, que celui-ci n'est jamais reçu à dire qu'il n'avait pu prévoir le préjudice du *lucrum cessans*. D'ailleurs, sa qualité de commerçant lui impose le devoir d'une vigilance plus active. L'équité peut donc permettre, selon les circonstances, de le condamner même à l'indemnité du gain dont il prive le commettant, sauf au juge à la modérer *prout videbitur suæ prudentiæ*.

20. — Il est deux cas où l'allocation du *lucrum cessans* n'offre aucune difficulté. Le premier cas, c'est lorsque le commissionnaire est en demeure de remettre des fonds reçus pour l'exécution ou en exécution du mandat ; alors il en doit l'intérêt à raison de 6 p. 100 par an. La loi du 3 septembre 1807 étant une loi d'ordre public, jamais rien au delà ne peut être alloué au commettant, même en vertu d'une stipulation, quelque tort que le retard lui aurait causé dans son commerce, eût-il même occasionné le dépôt de son bilan. D'un autre côté, sous aucun prétexte, le juge ne peut diminuer cette allocation. Quand le retardataire peut-il devoir l'intérêt des intérêts ? C'est ce qui est expliqué dans le paragraphe relatif aux *comptes courants* et *d'intérêts*.

Le second cas, c'est si la convention a réglé d'avance le *quantum* de l'indemnité. Quand les parties ont eu cette

Digitized by Google

prévoyance peu ordinaire en fait de commission, il ne peut être alloué une somme ni plus forte ni moindre. L'art. 1152 du Code civil, qui le veut ainsi, énonce une règle de bon sens et d'équité, parfaitement applicable aux affaires commerciales. L'équité veut, en effet, que les conventions soient observées, *pacta servanda;* et le bon sens nous dit que nul, mieux que les contractants eux-mêmes, ne saurait apprécier le préjudice que peut causer l'inexécution de leur contrat : *Damnum emergens et lucrum cessans à principio in pactum deduci potest, et in certâ quantitate taxari* (Casareg., Disc. 201, n° 8).

Anciennement le juge ne pouvait allouer rien au delà de la réparation stipulée, bien que le dommage fût plus considérable; mais il lui était permis de la modérer, si elle lui paraissait excéder évidemment le préjudice. La nouvelle législation a sagement fait d'abolir cet arbitraire qui, en favorisant la négligence et la mauvaise foi, autorisait l'usage de promettre pour ne pas tenir.

21. — Dans le droit civil, le mandataire auquel on ne reproche que d'être en faute, n'est tenu que des dommages-intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat. Le mandataire de mauvaise foi, au contraire, n'est jamais reçu à prétendre qu'il ne les avait pas prévus (art. 1150, 1151 C. civ.). Le bon ordre du commerce, l'extrême bonne foi exigée d'un commissionnaire, *exuberantissima fides*, et la vigilance incessante qu'on est en droit d'attendre de lui, *exactissima diligentia*, ne permettent pas non plus d'écouter son allégation de n'avoir pas prévu le préjudice qu'il cause. Mais il n'en existe pas moins, dans le droit commercial, une grande différence entre la responsabilité des fautes et la responsabilité du dol. Quand le commissionnaire n'est qu'en faute, il faut

Digitized by Google

que le demandeur prouve clairement qu'on lui a fait perdre l'occasion d'un gain, *se præ manibus habuisse certam occasionem*. Sans cela, point d'allocation du *lucrum cessans*. Ce n'est que dans le cas très-rare indiqué n° 16, que le juge commercial peut accorder, sans preuve, une légère indemnité. Mais si c'est par mauvaise foi ou par dol que le commissionnaire n'a pas rempli son obligation, le juge n'est plus aussi exigeant sur la preuve. Une présomption, quelques adminicules, l'autorisent, pensons-nous, à déférer le serment à celui qui se plaint, en fixant la somme jusqu'à laquelle il en sera cru sur son affirmation : *Damnum emergens et lucrum cessans debentur in casu maleficii et doli... etiàm absque probatione requisitorum* (1) (Casareg., Disc. 213, n° 25). Jamais la mauvaise foi convaincue ne doit sortir impunie d'un tribunal de commerce.

(1) Le mot *requisitorum* signifie, en cet endroit, certaines conditions exigées par un ancien docteur italien, pour constituer la preuve du *lucrum cessans*. C'est ce que Casaregis, Scaccia, etc., appellent la règle de *Paul de Castro, Pauli Castrensis*.

Digitized by Google

§ II.

DE LA SOLIDARITÉ PASSIVE EN MATIÈRE DE COMMISSION.

SOMMAIRE.

22. La solidarité ne répugne à l'essence d'aucun contrat; texte de la loi 9, D. *De duob. reis const.*
23. Définition de la solidarité suivant l'art. 1200 du Code civil; remarque sur cet article.
24. Une même commission peut être donnée à deux ou plusieurs personnes associées, soit commercialement, soit civilement, ou qui ne sont liées entre elles par aucun lien social; sont-elles solidaires de plein droit, ou ne le deviennent-elles que par une stipulation ? Examen de la question.
25. Disposition de l'art. 1862 du Code civil; on ne doit pas en conclure *à contrario* que cet article entend rendre solidaires les membres de toute société commerciale; but que s'est proposé le législateur.
26. Lorsqu'une commission est donnée à une société *en nom collectif*, la société se charge et répond de l'exécution, et les associés répondent *in solidum* de la société; importance de cette double responsabilité; explications.
27. Ce que l'on vient de dire de la société en nom collectif est applicable à la société *en commandite*, sauf une exception : les simples bailleurs de fonds qui restent étrangers à toute opération sociale extérieure, ne sont pas responsables *in solidum*; pourquoi.

Digitized by Google

28. Dans la société *anonyme*, les associés ne peuvent être obligés solidairement, ni même individuellement; caractère de cette société.

29. Lorsque les associés sont *en participation*, l'un peut-il être rendu débiteur par le contrat individuel de l'autre, ou du moins ne le devient-il pas, lorsque l'objet de ce contrat a tourné au profit de l'association? Désaccord et fluctuation de la jurisprudence moderne sur la question; où l'on doit puisser le principe de solution.

30. L'ordonnance de 1673 ne parlait point de la participation; mais la prétérition ne fut pas involontaire; *jure veteri*, l'associé contractant s'engageait seul; autorités de Pothier, de Jousse, de Bornier et notamment de Savary.

31. Le Code de commerce n'a point changé le principe suivi dans l'ordonnance; seulement la participation peut aujourd'hui n'être pas, comme elle l'était à son origine et comme on l'enseignait sous l'ordonnance, un marché d'un moment, une opération passagère; elle peut comprendre une branche de commerce, une série d'affaires, et avoir une durée indéfinie.

32. La nouvelle loi ayant laissé la participation ce qu'elle était sous l'ancienne, non-seulement les participants ne sont pas solidaires, mais le créancier n'a même pas d'action contre le participant avec lequel il n'a pas contracté; raison et preuve de ce principe; en cas qu'une action dérive de l'équité au profit du créancier, quand a-t-elle lieu et jusqu'où s'étend-elle?

33. Comment M. Merlin pose la question; la difficulté s'agitait sous l'ordonnance de 1673; M. Merlin commence par réfuter l'opinion de Pothier, qui enseignait que les créanciers d'une société en commandite n'ont point d'action contre les commanditaires; puis il assimile le participant au commanditaire, à l'étendue près de la responsabilité, et par là il supplée au silence qu'il prétend que l'ordonnance gardait sur la participation; raisonnement qu'il fait et conclusion à laquelle il arrive.

34. M. Merlin, dans son raisonnement, suppose que l'ordonnance de 1673 avait involontairement omis la participation, contrat usuel, et qu'une lacune existait dans la loi.

Digitized by Google

Mais il n'y avait pas oubli, comme il le dit; l'autorité citée de Savary le prouve; la participation avait été laissée sous l'empire de la convention.

35. M. Merlin ne pouvait donc soutenir que les dispositions de l'ordonnance sur l'associé commanditaire étaient applicables à l'associé *anonyme* (participant), à l'effet de faire rejeter un pourvoi; aussi il envisageait la question sous un autre rapport: l'associé participant ayant profité de l'argent du créancier, il y a, dit-il, action non *de contractu*, mais *de in rem verso;* comment l'auteur établit cette thèse, en s'appuyant de la loi 82, D. *Pro socio*, d'autorités et notamment de celle de Voët; conséquence: un participant peut être poursuivi, même par voie de solidarité, par un créancier avec qui son associé a contracté seul, pourvu que la chose ait tourné au profit de la société.

36. Examen de la doctrine de M. Merlin; interprétation de la loi 82, D. *Pro socio;* sens que lui donnent le président Favre et Cujas; erreur de Voët; M. Merlin y ajoute.

37. Cette erreur a servi de motif à un grand nombre de décisions; le Code de commerce ne donne à la participation d'autres règles que les clauses-conditions convenues entre les participants; ce qu'est cette association; exemple.

38. Lorsque l'associé qui a contracté est insolvable, et que la somme à lui versée par le créancier a tourné au profit de l'association, l'autre participant est-il tenu par quelque action? Examen de la question sous diverses faces; nulle action ne compète contre ce participant, sauf le cas de l'art. 408 du Code pénal; nul argument contraire à tirer de l'art. 1864 du Code civil; conclusion de cette discussion; dispositions de la loi espagnole.

39. Si deux commerçants non associés, ou deux associés non commerçants acceptent ensemble une même commission, sont-ils par ce fait solidairement engagés envers le commettant? Inapplicabilité des art. 1995 et 1202 du Code civil; la coutume commerciale n'a pas adopté l'innovation de Justinien; nulle distinction entre ceux qui sont commerçants de profession et ceux qui le deviennent accidentellement; nulle distinction encore entre des commerçants associés et des commerçants qui ne le sont pas.

Digitized by Google

22. — Il ne répugne à l'essence d'aucun contrat que les débiteurs y soient réciproquement obligés, les uns pour les autres, et chacun d'eux pour tous, au payement intégral de la dette commune : *Eamdem rem apud duos pariter deposui*, utriusque fidem in solidum secutus : *vel eamdem rem duobus similiter commodavi : fiunt duo rei promittendi : quid non tantùm verbis stipulationis, sed et cæteris contractibus veluti emptione-venditione, locatione-conductione, deposito, commodato, testamento, utputà si pluribus hæredibus institutis testator dixit* : Titius et Mævius Sempronio decem dato (L. 9, D. *De duob. reis constit.*). C'est ce qu'on appelle en droit la solidarité passive.

23. — « Il y a solidarité de la part des débiteurs, « porte l'art. 1200 du Code civil, lorsqu'ils sont obligés à « une même chose, de manière que chacun *puisse être* « *contraint* pour la totalité, et que le payement fait par « un seul libère les autres envers le créancier. »

A la rigueur, ce texte ne comprend pas les obligations de faire : *Nemo enim præcisè cogi potest ad factum ;* mais elles y sont virtuellement comprises, parce que, quand plusieurs en sont solidairement tenus, les dommages-intérêts résultant de l'inexécution sont exigibles *in integrum* de chacun d'eux par voie de contrainte, à la décharge des autres envers celui qui a stipulé.

24. — Or, une même commission peut être confiée à deux ou plusieurs personnes associées commercialement ; on peut la donner aussi à deux ou plusieurs personnes civilement associées, ou entre lesquelles aucun lien social n'existe. Dans la triple hypothèse, quelle est l'étendue de leur responsabilité ? Sont-elles toutes, de plein droit, sou-

Digitized by Google

mises à la solidarité, ou bien y en a-t-il qui n'y peuvent être astreintes qu'au moyen de la stipulation, et à quoi les distinguer?

25. — Commençons par l'examen de ce qui concerne les diverses sociétés.

« Dans les sociétés *autres que celles de commerce*, dit « l'art. 1862 du Code civil, les associés ne sont pas tenus « solidairement des dettes sociales, et l'un des associés ne « peut obliger les autres, si ceux-ci ne lui en ont conféré « le pouvoir. »

De ces expressions, *autres que celles de commerce*, il ne faut pas conclure, par un argument *à contrario sensu*, que le Code civil a entendu rendre solidaires tous ceux qui s'engageraient dans une société commerciale. L'unique but du législateur, en s'exprimant comme il l'a fait, fut de tracer une ligne de démarcation entre les deux genres de société. La preuve en est l'art. 1873 où il est écrit : « Les dispositions du présent titre ne s'appliquent aux « sociétés de commerce, que dans les points qui n'ont rien « de contraire aux lois et usages du commerce. » Il fut donc réservé à la législation commerciale de régler, sous plusieurs rapports, notamment en ce qui touche la solidarité, les différentes sociétés qui peuvent se former entre commerçants ; et c'est effectivement ce qu'a fait le Code de commerce, tantôt par des dispositions expresses, d'autres fois en laissant certains points sous l'empire des usages.

26. — Ainsi dans la société *en nom collectif*, les associés *sont solidaires pour tous les engagements de la société* (art. 22). Si donc la commission est donnée à une telle société, et acceptée sous la raison sociale par un des associés ayant la signature, c'est la société qui se charge

Digitized by Google

et répond de l'exécution, et tous les associés répondent *in solidum* de la société.

Cette double responsabilité n'est pas sans importance. Être de *raison* ou personne civile, la société en nom collectif ne confond pas ses biens avec ceux des associés. Elle en est propriétaire exclusive. Par conséquent, ses créanciers y ont droit de préférence aux créanciers particuliers des individus qui la composent. Mais ceux-ci répondent subsidiairement *in solidum*, comme nous l'avons dit, de tous les engagements de cet être de raison qu'ils ont mis en rapport avec le public. Par conséquent encore, si les biens privatifs de la société ne suffisent pas à payer les dommages-intérêts résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution du mandat, le commettant a son recours vers les associés tenus, sans division, de tout ce que la société ne paye point, mais, cette fois, en concurrence avec leurs autres créanciers.

Nous disons *subsidiairement*, car le commettant ne pourrait contraindre les associés, conjointement ou divisément, avant d'avoir épuisé les biens de la société (1), leur débitrice directe et principale. A la vérité ils sont tenus, chacun d'eux et un seul pour tous, de ce que la société est dans l'impuissance de payer; mais ce n'est pas comme codébiteurs solidaires de l'être de raison qui les représente; ils en sont seulement tenus *in solidum*; d'où la conséquence qu'on ne peut les contraindre par saisie de leurs personnes ou de leurs biens personnels qu'après épuisement de l'avoir social. Tel est le sens de notre art. 22, lorsqu'il dit que les associés en nom collectif *sont solidaires pour tous les engagements de la société.*

Mais il n'en résulte pas la nécessité de plusieurs juge-

(1) Sauf le cas de faillite.

Digitized by Google

ments. Celui prononcé contre la raison sociale englobe tous les associés, et s'exécute contre eux, le cas échéant, sans qu'il soit besoin d'aucune autre condamnation.

27. — Ce que l'on vient de dire de la société en nom collectif, s'applique également à la société en commandite, sauf une seule exception, mais cette exception est considérable.

« La société en commandite, porte l'art. 23 du Code « de commerce, se contracte entre un ou plusieurs asso- « ciés responsables et solidaires, et un ou plusieurs as- « sociés simples bailleurs de fonds, que l'on nomme *com- « manditaires* ou *associés en commandite.*

« Elle est régie sous un nom social qui doit être néces- « sairement celui d'un ou plusieurs des associés respon- « sables et solidaires. »

Si la société n'a qu'un seul gérant, lui seul est responsable de tous les engagements de l'être de raison qui la représente.

« Lorsqu'il y a plusieurs associés solidaires et en nom, « dit l'art. 24, soit que tous gèrent ensemble, soit qu'un « ou plusieurs gèrent pour tous, la société est, à la fois, « société en nom collectif à leur égard, et société en com- « mandite à l'égard des simples bailleurs de fonds. »

Mais (art. 26) « l'associé commanditaire n'est passible « des pertes que jusqu'à concurrence des fonds qu'il a « mis ou dû mettre dans la société. »

Cependant il se rendra solidaire avec les associés en nom collectif ou avec le gérant, s'il n'y en a qu'un, lorsqu'il se permettra de faire un seul acte de gestion, ou de s'employer en façon quelconque pour les affaires de la société, même en vertu de procuration (art. 27 et 28).

Voilà pourquoi (art. 25) « le nom d'un associé com-

Digitized by Google

« manditaire ne peut faire partie de la raison sociale. »

Ainsi ceux qui forment une société en nom collectif, pure et simple, ou une société en nom collectif à laquelle accèdent de simples bailleurs de fonds, sont tenus *in solidum* de tous les engagements de la société ; et c'est pourquoi la loi ordonne (art. 45) de porter leurs noms à la connaissance du public, qu'ils soient ou ne soient pas gérants de l'avoir social, tandis qu'elle ne prescrit pas de révéler les noms des commanditaires, et veut seulement qu'on fasse connaître le montant des valeurs fournies ou à fournir en commandite.

On s'explique facilement la cause et l'économie de ces dispositions. Pourquoi des associés rendent-ils publics *leurs noms, prénoms, qualités et demeure* (art. 43) ? Évidemment, pour inspirer une confiance et obtenir un crédit qu'on n'accorderait probablement pas, dans la même étendue, à chacun d'eux en particulier. Il est donc très-juste et très-conforme au bon ordre du commerce, qu'ayant tous concouru à provoquer cette confiance pour leur société, ils soient tous responsables *in solidum* des engagements que celle-ci pourra contracter. Sans cela le public serait dupe d'un crédit imaginaire.

Mais il n'en doit pas être ainsi des simples bailleurs de fonds qui se tiennent en dehors de toute opération sociale extérieure. Leurs noms restant secrets, et leur foi n'ayant pas été suivie, nul ne peut dire que leur considération personnelle soit entrée pour quelque chose dans les contrats qu'il a faits avec la société. Il est vrai que leur capital dont le *quantum* a été publiquement annoncé, a pu concourir à déterminer la confiance. Aussi le perdent-ils, sans recours vers les associés, si la raison sociale tombe en faillite. Mais là se borne leur responsabilité. Lui donner plus d'étendue serait une iniquité violatrice du contrat social. Telle fut, dans tous les temps, la coutume commer-

Digitized by Google

ciale. L'ordonnance de 1673 et le Code de commerce n'ont fait que la constater : *Socii quorum nomen non expenditur, nec intelliguntur nec sunt obligati ultrà participationem seu quantitatem pro quâ participant.*

28. — Nous n'avons rien à dire de la *société anonyme.* C'est moins une société qu'une association de capitaux. Elle ne se désigne point par une raison sociale, mais seulement par la dénomination de l'objet pour lequel elle s'est formée avec l'autorisation du gouvernement. Ses administrateurs ne répondent que de la bonne gestion de leur mandat; et, comme les associés ne s'unissent pas plus par la considération d'une confiance mutuelle, que dans le but d'en inspirer une indépendante des capitaux engagés, il est évident qu'ils ne peuvent être astreints par aucun lien de solidarité, ni même individuellement.

29. — Mais une double question offre des difficultés ; celle de savoir si l'un des associés en participation peut être rendu débiteur, et débiteur solidaire, par le contrat individuel de l'autre associé ; subsidiairement, s'il ne le devient pas du moins lorsqu'il est prouvé que l'objet de ce contrat a tourné au profit de l'association.

« La jurisprudence moderne, dit M. Duvergier (*De « la soc.*, n° 399), ne me paraît pas bien fixée sur la ques- « tion de savoir si les créanciers d'une association com- « merciale en participation ont une action contre tous les « intéressés, et si ceux-ci sont tenus solidairement ou cha- « cun pour une part. » Effectivement, il n'est point de matière qui divise plus les auteurs et les tribunaux. On n'en finirait pas s'il fallait exposer ici les différents systèmes qui ont tour à tour triomphé les uns des autres. Il suffit de renvoyer au *Dictionnaire* de M. Dalloz jeune, ce réper-

Digitized by Google

toire universel du pour et du contre. Mais d'où proviennent ce désaccord et ces tâtonnements sur les propriétés d'un contrat pratiqué depuis des siècles? C'est que trop souvent on s'imagine voir dans les lois ce qu'elles n'ont ni dit, ni voulu dire, et qu'une fois séduits par cette fausse lueur, nous demandons aux efforts de l'esprit des solutions qu'il faut puiser dans la source même des choses. Essayons donc de poser des principes sûrs qui, dans l'application, ne se prêtent point à une fâcheuse versalité.

30. — Avant tout, qu'était la participation antérieurement au Code de commerce, et qu'est-elle depuis? L'ordonnance de 1673 n'en parle point, et pourtant elle statue sur le fait des sociétés. On dut naturellement penser que ce n'était point là une prétérition involontaire. Comment supposer, en effet, qu'exclusivement occupé des matières commerciales, le législateur n'eût pas songé à l'une des transactions les plus fréquentes du commerce (1)? Il passa donc pour constant que la participation avait été volontairement laissée sous l'empire de la règle générale, d'après laquelle on ne peut s'engager ni stipuler que pour soi-même : *Nemo ex alterius contractu obligatur.* Au reste, rien de plus juste. La participation n'eut jamais ni publicité, ni domicile, ni raison sociale. Ce fut, de tout temps, une opération occulte dans laquelle chaque associé n'use que de son crédit personnel. Ceci étant surtout de l'essence de la participation, sur quoi le créancier prétendrait-il avoir pour obligé celui des associés avec lequel il n'a point traité, dont il n'a pas suivi la foi, qu'il ne connaissait même pas, et qui dès lors n'a nullement déter-

(1) Presque toutes les opérations maritimes se faisaient alors, comme aujourd'hui, *en compte de participation.*

Digitized by Google

miné le crédit accordé à l'autre associé? Il est donc certain que, *jure veteri*, l'associé coutractant s'engageait seul, sauf reprise, à due concurrence, sur son participant dans le compte à lui rendre de l'affaire en participation. C'est ce qui nous est attesté par Pothier, Jousse, Bornier, Rogue, en un mot par tous les auteurs, notamment par Savary, dont le témoignage est grave parce qu'il fut un des rédacteurs de l'ordonnance. Voici comme il s'exprime (t. 1er, p. 368) en parlant de la participation, que l'on appelait alors *société anonyme* : « Elle s'appelle ainsi, dit-« il, parce qu'elle est sans nom, et qu'elle n'est connue « de personne, *comme n'important en façon quelconque* « *au public ;* tout ce qui se fait en la négociation, tant en « l'achat qu'en la vente des marchandises, ne regarde « que les associés, chacun en droit-soi, de sorte que celui « des associés qui achète, est celui qui s'oblige et paye au « vendeur : celui qui vend reçoit de l'acheteur ; ils ne s'o-« bligent point tous deux ensemble envers une tierce « personne ; il n'y a que celui qui agit, qui est le seul « obligé ; ils le sont seulement réciproquement l'un envers « l'autre, en ce qui regarde cette société. »

31. — Voilà le principe nettement posé. Il faisait règle sous l'ordonnance de 1673. Le Code de commerce y a-t-il changé quelque chose? Il faut vérifier.

« Indépendamment des trois espèces de société ci-des-« sus, porte l'art. 47, la loi reconnaît *les associations* « *commerciales en participation.* »

« Ces associations sont relatives à une ou plusieurs *opé-« rations de commerce ;* elles ont lieu pour les objets, dans « les formes, avec les proportions d'intérêts et aux con-« ditions convenues entre les participants. » (Art. 48.)

L'art. 49 concerne la preuve de ces associations, et

Digitized by Google

l'art. 50 les dispense de toutes formalités, de toute publicité.

A quoi ces dispositions se réduisent-elles donc? A la même chose que le silence de la loi de 1673 ; et ce n'était peut-être pas la peine de faire quatre articles, pour dire que tout ce qui concerne la participation dépend souverainement de la volonté des contractants.

Une chose cependant est à remarquer. On enseignait anciennement qu'une participation n'est qu'un marché d'un moment, une opération passagère, et c'est ainsi, sans doute, qu'elle apparut dans son origine. Mais depuis que le commerce et l'industrie ont pris plus d'extension, il n'y a pas de motifs pour n'assigner à ce contrat qu'une existence éphémère. Aux termes de l'art. 48, l'association peut embrasser une série d'affaires tout aussi bien qu'être bornée à une seule affaire. Elle peut même comprendre toute une branche de commerce ; et, puisque la loi laisse aux contractants la liberté de convenir de l'objet et des conditions de l'association, celle-ci peut être d'une durée indéfinie, et porter sur tous objets licites indistinctement. Ce n'est donc ni la nature de l'affaire, ni une courte durée qui caractérisent la participation. La définir ainsi, c'est tomber dans l'arbitraire, et l'on ne peut trop s'étonner de trouver une telle définition dans l'*Esprit du Code de commerce* (t. 1er, p. 114). Du moment que *les objets*, *les formes*, *les proportions d'intérêts et les conditions* de ce contrat sont laissés à la volonté des parties, le seul moyen de le définir c'est de dire qu'il dépend de cette volonté.

32. — Mais ce que nous voulons constater surtout, c'est que la nouvelle loi a laissé la participation ce qu'elle était sous la loi ancienne. Il n'y avait point anciennement de solidarité ; il n'y en a donc pas davantage aujourd'hui.

Digitized by Google

Non-seulement il n'y avait point de solidarité, le créancier n'avait même pas d'action contre le participant avec lequel il n'avait pas traité. Par la même raison il en est encore ainsi, et rien de plus juste, de plus conséquent. En effet, si l'on donnait une action au créancier contre le participant avec lequel ce créancier n'a pas contracté, il faudrait aussi en donner une à ce participant contre le créancier pour forcer celui-ci à l'exécution d'un contrat qu'il aurait fait avec l'autre associé. Or, cette double action anéantirait l'association fiduciaire que la loi autorise. Elle supposerait un contrat entre des parties qui n'ont pas contracté ; ce serait altérer l'inflexibilité d'un fait. Dans un tel système, il n'est plus de participation possible, et l'on ne s'explique pas comment des tribunaux ont pu juger que le participant étranger au contrat de son associé est, non-seulement débiteur, mais débiteur solidaire d'un créancier avec lequel il n'a eu aucune négociation. Une action en justice ne peut résulter que de la convention, de la loi ou de l'équité. Dans l'espèce examinée, il n'en résulte aucune ni de la loi, ni de la convention. En cas que l'équité puisse en donner une contre le participant qui n'a pas traité avec le créancier, il reste à savoir quand elle la donne, et jusqu'où s'en étendent les effets. C'est l'espèce traitée dans les *Questions de droit* (v° *Soc.*, § 2).

33. — M. Merlin pose ainsi la question : « En supposant cette société constante (celle en participation), « l'associé qui ne s'est pas obligé personnellement envers « le tiers par lequel ont été fournis à son associé des fonds « dont leur entreprise commune a profité, peut-il être ac- « tionné directement par ce tiers, peut-il l'être solidaire- « ment ? »

Digitized by Google

La difficulté s'agitait sous l'ordonnance de 1673; mais l'on a vu que le droit est resté le même. Les actions qui ne résultent que de l'équité seule ne sont pas susceptibles de variations. M. Merlin conclut à la solidarité ; s'il eut raison alors, il aurait encore raison aujourd'hui.

Le célèbre procureur général commence par réfuter l'opinion de Pothier qui se trompe, en effet, lorsqu'il enseigne (*de la Soc.*, ch. 6, § 2) que les créanciers d'une société en commandite n'ont pas d'action contre les commanditaires, parce que, dit-il, ceux-ci ne sont point tenus des dettes de la société envers les créanciers avec qui l'associé principal ou connu a contracté. Ils n'en sont tenus, poursuit Pothier, qu'envers cet associé qui les a contractées, devant s'en acquitter chacun pour la part qu'il a en la société, jusqu'à concurrence des fonds qu'il a mis en la société. M. Merlin réfute sans peine cette opinion isolée, contredite par Savary, par Bornier, par Jousse et par Bourjon; elle résiste, en effet, au texte de l'ordonnance (art. 7, tit. 4).

Après avoir prouvé que les créanciers ont une action directe contre le commanditaire, M. Merlin lui assimile l'associé participant; la différence entre eux ne consiste que dans la quotité de leurs obligations. L'un n'est tenu que jusqu'à concurrence de sa mise ; l'autre, le participant, est obligé indéfiniment. « Ainsi tout commandi-« taire est, par cela seul, associé anonyme (participant); « mais tout associé anonyme n'est pas commanditaire. « La société anonyme (la participation) est le genre ; la « société en commandite est l'espèce. »

Il fallait bien reconnaître que la loi ne dit rien de semblable; mais, poursuit M. Merlin, « cette manière de « raisonner est le seul moyen de suppléer au silence de « l'ordonnance de 1673 sur les obligations des associés

Digitized by Google

« anonymes. Puisqu'il n'y a point de différence, quant à « leur nature, entre la société en commandite et la so- « ciété anonyme, on ne peut pas prendre, pour déterminer « les droits de l'une, de règle plus sûre que les disposi- « tions de l'ordonnance relatives à l'autre..... *Non pos- « sunt omnes articuli sigillatim legibus aut senatûscon- « sultis comprehendi*, etc. »

Voici donc le raisonnement de M. Merlin : le commanditaire et le participant sont *quid idem et unum*, à l'étendue près de la responsabilité. Or, en pur point de droit, le créancier a une action directe contre le commanditaire ; donc, en pur point de droit, il en a aussi une contre le participant.

34. — Mais que faut-il faire pour arriver à cette conclusion ? Ce que fait M. Merlin. Il faut supposer d'abord, contre toute vraisemblance, nous ne craignons pas de le dire, que le législateur de 1673 n'avait pas songé à la participation, qui fut, de tout temps, l'un des contrats les plus utiles et les plus pratiqués dans le commerce. La supposition une fois faite, il est clair qu'il y a lacune dans la loi, et cette lacune, M. Merlin la remplit par un système ingénieux qu'il puise dans la rare sagacité de son esprit.

Mais il n'y avait point de lacune à remplir. Savary en aurait su quelque chose ; et M. Merlin, qui invoque cette grave autorité pour combattre l'erreur de Pothier sur le commanditaire, n'a eu garde de citer le passage du même Savary ci-dessus rapporté textuellement. Il y aurait trouvé la condamnation de son système.

Il n'y eut point d'oubli dans l'ordonnance de 1673 ; la prétérition fut, comme nous l'avons dit, tout à fait volontaire. On voulut laisser la société dite alors *anonyme*,

Digitized by Google

sous le secret et l'empire de la convention. C'est ce que fait, en l'exprimant, l'art. 48 du Code de commerce, et l'ancienne loi le faisait tout aussi bien, en ne l'exprimant pas.

35. — M. Merlin soutenait donc une erreur, et certes le pourvoi aurait dû réussir au cas où il ne se fût agi que de savoir, en pur point de droit, si les dispositions de l'ordonnance relatives au commanditaire devaient s'appliquer à l'associé *anonyme*. Mais tel n'était pas l'état de la question. L'arrêt attaqué constatait en fait que l'associé participant, demandeur en cassation, avait profité de l'argent du créancier, et c'est sous ce dernier aspect que l'affaire devait être envisagée. M. Merlin le déclara lui-même.

« L'action, disait-il, n'était pas *de contractu*, mais « *de in rem verso;* et elle n'a point d'autre principe que « cette règle de droit naturel qui défend à tout homme de « s'enrichir aux dépens d'autrui.

« C'est ce que prouve clairement, continue M. Merlin, « la loi 82, D. *Pro socio*. Le titre d'associé, dit-elle, ne « suffit pas pour obliger celui qui en est revêtu, aux dettes « de son associé : il faut de plus, lorsque le contrat n'a « pas été fait au nom de la société, que les deniers en « aient été employés aux affaires communes : *Jure societatis per socium ære alieno socius non obligatur, nisi « in communem arcam pecuniæ versæ sint.*

« Mais par une conséquence nécessaire du même principe, quand on justifie de l'emploi des deniers au profit « de la société, quand il est prouvé que les deniers, « empruntés par l'un des associés en son nom seul, ont « été versés dans la caisse commune, *in communem « arcam*, chacun des associés est tenu, et le fait de l'un

Digitized by Google

« est regardé comme le fait de l'autre : *per socium ære* « *alieno socius obligatur.*

« Telle est, poursuit M. Merlin, l'interprétation que « donne à la loi citée Voët, dans son commentaire sur « les Pandectes, titre *Pro socio*, nos 13 et 14. »

Puis citation d'un long passage de cet auteur, qui, après avoir marqué la différence entre des associés en nom collectif, dont un seul lie tous les autres solidairement par son contrat, et un associé en participation, s'exprime ainsi à l'égard de ce dernier : ..... *Jure societatis per socium ære alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniæ versæ sint.* Pourquoi ? *Cùm neque socium alterum fecerit institorem, neque cum eo contrahi jusserit, ac proindè non ultrà ex facto ejus obligetur, quàm quatenùs indè ad ipsum pervenit, idque secundùm jus commune, quo nemo sine suâ voluntate ex alieno contractu obligatur, nisi locupletior indè factus sit.* « Il est « donc bien constant, conclut M. Merlin, que, dans une « société anonyme, l'associé qui emprunte ou qui achète « seul et en son nom singulier, ne laisse pas de lier ses « associés secrets, dès qu'il existe des preuves de l'em- « ploi des deniers ou des marchandises au profit de la « société. »

Vient ensuite, à l'appui de Voët, la citation de quelques autorités, qu'il est inutile de mentionner ici, et l'on finit par tirer du tout cette conséquence définitive qu'un participant peut être poursuivi, *même par voie de solidarité*, par le créancier « avec qui son associé a contracté « seul et comme simple particulier, pourvu que la chose « ait été employée *au profit de la société.* »

36. — Voilà la doctrine qu'il s'agit d'examiner. On la prétend consacrée par la loi 82, D. *Pro socio* : *Jure so-*

Digitized by Google

cietatis per socium œre alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniæ versæ sint. Suivant M. Merlin, comme on vient de le voir, cette loi aurait pour objet de pourvoir à l'intérêt du créancier, et de lui donner une action contre celui des associés avec lequel il n'a pas contracté, pourvu qu'il soit prouvé que les choses provenues du contrat ont été employées dans les affaires de l'association.

Or cette loi ne dit rien de semblable. Silencieuse sur les intérêts du créancier, elle s'occupe uniquement des intérêts des associés entre eux, et ne statue que sur ces mêmes intérêts.

Papinien y décide que si Mævius mon associé a, par exemple, emprunté dans son seul nom 10,000 sesterces en vue de la société, il ne pourra me convenir par l'action *pro socio*, ou, ce qui veut dire la même chose, *jure societatis*, pour me forcer à concourir avec lui au payement de cette dette, ou à lui en payer ma part s'il a déjà payé le créancier, qu'autant qu'il prouve avoir employé le produit de l'emprunt aux affaires de notre societé. Voilà tout ce que signifie la loi dont il s'agit. Elle ne donne point contre moi d'action à ce créancier, quand bien même il prouverait que son argent a été versé dans la caisse sociale. Le président Favre le dit nettement (*Rat.*, t. 5, p. 198)..... *Creditor contrà socios debitoris sui, quibuscum non contraxit, actionem nullam habere potest*, NEC SI PECUNIA IN REM ET UTILITATEM SOCIETATIS VERSA SIT.

Cujas n'est pas moins formel. Après avoir expliqué que la loi ne concerne aucunement les créanciers, il poursuit ainsi : « Quoique l'argent emprunté par un des « associés ait été versé dans la caisse sociale, l'autre as- « socié qui n'a pas contracté avec le prêteur n'est pas « plus obligé envers celui-ci (*jure societatis*), que je ne

Digitized by Google

« le serais par l'action de *mutuo dato*, ou par toute autre « action, envers un tiers auquel quelqu'un viendrait « d'emprunter une somme d'argent qu'il emploierait, à « l'instant même, dans mes propres affaires : » *Etiàm si pecunia quam socius mutuam accepit, versa sit in arcam communem, alter socius eo nomine creditori non obligatur, cum quo nihil contraxit : sicut cùm quis alius mutuam pecuniam sumit, et eam mox vertit in rem meam, ego creditori non teneor condictione quæ de mutuo dato proponitur, vel quâ aliâ actione* (L. 13, C. *Si cert. pet.*). « En fait d'argent prêté, il n'y a point à s'enquérir à qui « cet argent est parvenu, mais qui l'a emprunté, qui a « contracté. Celui-ci seul en est débiteur : « *Non quærimus in creditâ pecuniâ, ad quem ea pecunia pervenerit, sed quis eam mutuo rogârit, quis contraxerit, ut hic solus obligetur.* « Senèque dit fort bien : On réclame l'argent « de qui l'a emprunté, bien qu'il soit tombé dans la bourse « d'un autre » : *Etiàm Seneca*, 5 *De benef.*, *pecunia ab eo petitur cui credita est, quamvis illa ad me aliquo modo pervenerit....* « Quant au sens de la loi, ces mots de Papi- « nien (*jure societatis*) font voir clairement que, dans « l'entente du jurisconsulte, le contrat d'emprunt fait par « un des associés ne lie pas l'autre envers lui, à moins « que les fonds n'aient été versés dans la caisse com- « mune » : *Verùm quod attinet ad sententiam hujus responsi, hæc verba Papiniani apertè demonstrant hanc esse Papiniani sententiam, ut nomine æris alieni quod socius fecit atque contraxit socio alter socius non obligetur, nisi in communem arcam pecuniæ versæ sint....* « Si ce versement n'a été fait, l'associé qui n'a pas con- « tracté n'est point tenu envers son associé par droit et jugement de société, c'est-à-dire par l'action *pro socio* » : *At si ea pecunia quam unus ex sociis mutuam sumpsit,*

Digitized by Google

versa non sit in arcam communem, alter socius ei non obligatur jure judicioque societatis hoc est actione pro socio. « En supposant un emprunt contracté par un des « associés, il est donc évident qu'on ne recherche pas, « dans cette loi, si l'autre associé est tenu envers le créan- « cier, mais seulement si cet autre associé est tenu par « l'action *pro socio* envers son associé à ratifier le con- « trat de celui-ci, et à souffrir qu'on acquitte ce contrat des « deniers communs, ce qui ne peut avoir lieu si le produit « de l'emprunt n'a été versé dans la caisse de la société » : *Atque ità apparet, quòd unus ex sociis pecuniam mutuam sumpserit, non hoc quæri in hâc lege an alter socius creditori teneatur actione creditæ pecuniæ, sed hoc quæri tantùm an alter socius teneatur socio actione pro socio, ut nomen quod fecit socius, ratum habeat, patiaturque dissolvi ex arcâ communi, quod nequaquàm faciet nisi pecuniæ versæ sint in arcam communem societatis.*

Telle est, en résumé, la leçon de Cujas, et puisqu'on le trouve d'accord avec le président Favre, il ne faut pas douter que ce ne soit la bonne. Voët enseigne donc une erreur dans son commentaire sur la loi 82, D. *Pro socio.*

C'est cependant cette erreur qui fait la base du plaidoyer de M. Merlin. Il va même plus loin que Voët, car celui-ci n'astreint le participant qui n'a pas contracté, qu'à concurrence de ce dont il profite, *quatenùs indè ad ipsum pervenit,* tandis que M. Merlin lui impose la solidarité. « Il « est de principe incontestable, dit-il, que les associés sont « solidairement tenus au payement de ce qui a tourné au « profit de la société : *Jure societatis per socium ære alieno « socius non obligatur, nisi in communem arcam pe- « cuniæ versæ sint;* » et après avoir résumé les faits desquels il résultait qne le produit de la négociation avait été employé aux affaires de la société, M. Merlin termine

Digitized by Google

ainsi : « De là, nécessité d'appliquer à la cause *les lois ro-* « *maines qui décident*, les auteurs qui enseignent, les ar- « rêts qui jugent que, dans la société anonyme, chaque « membre qui souscrit un engagement en son nom indi- « viduel, oblige solidairement tous les autres membres, « lorsqu'il y a preuve du versement de la somme prove- « nue de cet engagement, dans la caisse sociale. »

M. Merlin dit que l'arrêt du 28 germinal an XII fut rendu *conformément à ses conclusions*. Cela est vrai en ce sens que le pourvoi fut rejeté ; mais voilà toute la conformité. La Cour suprême ne parle ni des lois *pro socio*, ni des lois *de in rem verso*. Il suffit de lire son arrêt, auquel nous renvoyons, pour s'assurer qu'il ne fut pas rendu en pur point de droit. Le jugement et l'arrêt confirmatif constataient entre autres choses que le demandeur en cassation n'avait fait aucun apport, *et que lui seul avait touché le montant de la négociation*. Il est aisé de concevoir que de telles circonstances pouvaient, devaient même influer sur le rejet du pourvoi.

37. — Nous avons jugé utile de combattre la doctrine de M. Merlin et d'en faire voir l'erreur, parce qu'on l'entend journellement invoquer devant les tribunaux, et qu'elle a servi de motif à un grand nombre de décisions.

D'un autre côté, plus de possibilité d'équivoquer sur une prétendue lacune. Le Code de commerce reconnaît *in terminis* les associations en participation, *indépendamment* des sociétés, et ne leur donne d'autres règles que *les conditions convenues entre les participants*. Il ne personnifie point la participation. Celle-ci, bien différente des sociétés, n'a point, en dehors des associés, une personne morale, un nom social, en un mot une *raison* qui les représente tous, ou qui représente les capitaux de tous. Son

Digitized by Google

existence n'est même pas révélée, parce que, comme le dit nettement Savary, *elle n'importe en façon quelconque au public*. La loi n'avait donc rien à régler ; aussi n'a-t-elle rien réglé touchant l'intérêt du tiers qui se mettrait en rapport avec tel ou tel individu, membre d'une pareille association que ce tiers ignore. C'eût été une inconséquence, un *non-sens*. Tout a été laissé, tout devait être laissé sous les règles générales des contrats. Or une de ces règles de bon sens et d'équité, c'est que nul n'est tenu par le contrat d'un autre : *Nemo ex alterius contractu obligatur*.

Si donc vous prêtez 10,000 fr. à Jacques, mon associé en participation, vous n'avez nulle action pour me les faire payer : *Pecunia ab eo petitur cui credita est;* pas plus que je n'aurais d'action contre vous pour obtenir payement d'un billet de pareille somme, que vous auriez souscrit au profit de Jacques. Inutilement prouverions-nous ma participation avec lui, vous, pour demander les 10,000 fr., moi, pour les exiger ; il nous suffirait de nous adresser réciproquement la réponse de Savary (*ubi suprà*) : *Je ne vous connais point, n'ayant eu aucune négociation avec vous*. Rien de plus sensé et de plus péremptoire que cette réponse commerciale.

38. — A la bonne heure, dira-t-on ; il faudra discuter Jacques. Mais, s'il est insolvable et que la somme ait tourné au profit de l'association, n'êtes-vous pas tenu comme si vous eussiez contracté vous-même ?

Par quelle action, demanderons-nous à notre tour?

Ce ne sera sans doute point par l'action *pro socio*. Ce que nous en avons dit ne permet pas de l'invoquer.

Serait-ce par induction des lois *de in rem verso ?* Oui, selon M. Merlin. Mais entre la participation et l'espèce de

Digitized by Google

ces lois, nulle parité ni même nulle analogie. On donnait l'action *de in rem verso* à celui qui avait prêté à un esclave ou à un fils de famille quelque chose dont le père ou le maître avait profité. Or le prêteur ne pouvait ignorer leur existence. Aussi est-ce avec eux qu'il était censé contracter, bien plus qu'avec l'esclave ou le fils de famille : *Creditor qui cum filiofamiliâs vel servo alieno contraxit... Non tàm cum filio vel servo, quàm cum ipso patre aut domino contraxisse intelligitur* (Faber, t. 4, *Rat.*, p. 241). Le participant qui emprunte ne peut être réputé le fils ou l'esclave de l'autre participant, et, ce qui est décisif, *celui-ci reste inconnu.* Il n'est donc pas possible de faire une application raisonnée des lois *de in rem verso* au cas de la participation.

L'action procéderait-elle de ce que, si je ne puis être censé avoir donné à Jacques le pouvoir de m'engager, je suis du moins réputé lui avoir donné celui de me procurer un bénéfice? On a fait ce raisonnement, mais il a un grand vice : c'est d'alléguer en preuve la chose même qui est à prouver ; car, si j'ai autorisé Jacques à me procurer ce bénéfice, je l'ai aussi autorisé à contracter l'emprunt qui me le procure. Chacune de ces idées implique inséparablement l'autre. Or il est constant en fait que je n'ai donné à Jacques nul pouvoir d'emprunter pour mon compte. Il n'existe donc point, dans le droit, de principe d'action pour réclamer de moi ce que Jacques a emprunté.

On insiste et l'on dit : Vous ne pouvez pourtant pas vous enrichir aux dépens d'autrui : *Neminem æquum est cum alterius detrimento et injuriâ fieri locupletiorem* (L. 206, D. *De reg. jur.*). L'objection n'est encore qu'une pétition de principe, dans laquelle on suppose ce qui n'existe pas ; je ne m'enrichis du bien de personne : *meum recepi.* En effet, quand vous prêtez une somme à

Digitized by Google

Jacques, vous l'en faites propriétaire, et devenez son créancier : *In creditum abit credita pecunia.* Cela est des premiers éléments. Si donc quelque chose de cette somme est parvenu jusqu'à moi, je le tiens de Jacques qui en avait le *dominium*, et non de vous qui le lui avez transféré. Avais-je à m'enquérir d'où provenait cet argent? *Non quæritur origo pecuniæ.* Réclamez-le de celui à qui vous l'avez prêté : *Pecunia petitur ab eo cui credito est. Si cela n'était ainsi*, dit Savary (*ubi sup.*), *il n'y aurait point de sûreté dans le commerce.*

Il n'en est pas autrement lorsqu'en donnant du terme à Jacques, vous lui vendez de la marchandise dont la revente tourne à mon profit : *fidem habuisti de pretio.* C'est comme si vous lui aviez prêté le prix de la facture.

Par conséquent aussi, lorsque ayant, en vertu de votre mandat, recouvré pour vous un effet ou touché le prix des marchandises que vous lui aviez consignées, il emploie le produit du recouvrement ou de la vente dans son commerce de commission où je suis participant, point de recours contre moi, alors même qu'il est prouvé que je profite de la somme, à concurrence de ma part dans l'association.

La chose est claire si vous êtes en compte courant avec Jacques, car, dans de tels rapports, il est incontestablement propriétaire des fonds, et vous en doit seulement un crédit égal portant intérêt.

N'y a-t-il point de compte courant, l'évidence est la même, parce que, dans cette hypothèse, Jacques a recouvré ou reçu votre argent à titre de dépôt irrégulier, et qu'à ce titre il en a le *dominium.* Nous l'avons prouvé n° 9 ; et, comme on ne peut être à la fois propriétaire et créancier d'une seule et même somme, ce dont je profite ne vous appartient pas.

Digitized by Google

Il y a plus : nul besoin que Jacques en eût le *dominium*. Il suffit qu'il en fût le propriétaire apparent, et que j'aie de bonne foi reçu ce qu'il me devait. La raison est que, par la nature de la participation, je suis tout aussi étranger au contrat qu'il a fait avec vous, que le serait un autre de ses créanciers qui, avec la même bonne foi, aurait reçu de lui, en payement ou en gage, la chose ou la somme qui vous appartenait réellement. Sans nul doute, ce créancier serait bien nanti ; car, relativement aux tiers, la possession de Jacques l'autorisait à disposer de la chose ; et il serait bien payé, parce que l'argent n'a point de suite : *non quæritur origo pecuniæ*. On n'admettrait même point de répétition contre un créancier légitime qui aurait reçu de l'argent volé à force ouverte, si, quand il l'a reçu, il ne le savait pas volé.

Il n'est donc qu'un seul cas où je deviendrais votre obligé, et je le serais alors, non pas seulement *quatenùs indè ad me pervenit*, mais comme codébiteur solidaire : c'est si, en employant la somme aux affaires de la participation, Jacques avait commis, à votre préjudice, le détournement prévu par l'art. 408 du Code pénal, *et que je m'en fusse sciemment rendu le complice*. Mais le fondement de l'action n'est point, en ce cas, la seule règle d'équité, *neminem æquum est*, etc. ; elle procède directement de la loi, et ce n'est pas ici le lieu de s'en occuper.

Dans notre participation commerciale, nul argument à tirer de l'art. 1864 du Code civil ainsi conçu : « La stipulation que l'obligation est contractée pour le compte « de la société, ne lie que l'associé contractant, et non les « autres, à moins que ceux-ci ne lui aient donné pouvoir, « *ou que la chose n'ait tourné au profit de la société.* » Evidemment cette disposition ne régit que la société civile.

Digitized by Google

D'abord l'article suppose que l'associé contractant révèle l'existence de la société. Cette révélation est même requise pour que la disposition finale de la loi soit susceptible d'application.

En second lieu, la société civile forme une communauté d'intérêts bien différente de la société commerciale en nom collectif, anonyme, ou en commandite. Mais il y a possibilité qu'en déclarant agir pour elle, l'associé contractant se porte son *negotiorum gestor*.

Enfin, la société civile peut se constituer un administrateur général, agissant pour tous, usant du crédit de tous, et pouvant les obliger tous dans les limites de son mandat.

Or tout cela répugne soit à l'essence, soit à la nature de la participation. Il est contre son essence de constituer une personne civile distincte de l'associé qui contracte, ou, comme le dit Straccha (Décis. 7, n° 10), *Corpus mysticum ex pluribus nominibus conflatum*; et contre sa nature qu'on en proclame l'existence. Ou un seul agit, ou chacun de ceux qui agissent agit de son côté, sous sa seule responsabilité, et l'affaire qu'il fait est, ou est légalement réputée être sa propre affaire. En un mot, entre participants, la convention principale n'est pas *de communi dominio acquirendo,* mais *de lucro et damno communicando*; c'est même cette convention qui donne nom au contrat. Il y a une association, et point de société (1).

La participation étant donc tout intérieure et *n'important en façon quelconque au public*, il en résulte une conséquence rationnellement indéniable : c'est que la demande du créancier doit être jugée selon les principes généraux

(1) Voy. t. 6, *De la faillite.*

Digitized by Google

du droit, ainsi et de la même manière que s'il n'eût jamais existé de participation (1).

Tels sont les vrais principes. La jurisprudence s'en écarte souvent; nous ne l'ignorons pas. Espérons qu'elle finira par s'y conformer invariablement. Son instabilité provient d'une confusion d'idées sur le caractère particulier du contrat; et le plaidoyer de M. Merlin, auquel les auteurs renvoient sans examen (2), ne contribue pas peu à perpétuer cette confusion.

En attendant, nous ne saurions mieux faire que de proposer pour règles les deux dispositions suivantes de la loi espagnole. Elles sont un corollaire exact de l'art. 48 de notre Code de commerce :

Art. 356. « Dans ces négociations (celles de la partici-« pation) on ne peut adopter une raison sociale commune

(1) Il n'est pas d'auteur qui n'enseigne qu'il est de la nature de la participation de ne pas s'offrir à la confiance du public. On convient, sans difficulté, qu'elle lui est étrangère; mais c'est toujours sous la réserve de l'action *de in rem verso*. M. Vincens, par exemple, s'exprime ainsi (t. 1er, p. 378): « A moins que, l'association *venant* « *à être connue et prouvée*, on ne constatât que l'objet du contrat a tourné au profit commun. » En lisant ces mots, qui résument toute la doctrine de M. Merlin, ne dirait-on pas que la participation est une sorte d'industrie clandestine où il est permis de duper le public, pourvu qu'on ne soit pas surpris en flagrant délit, comme on tolérait à Sparte une industrie analogue? Un tel système fait injure à la loi, qui reconnaît les participations, et les reconnaît, sans doute, pour qu'elles produisent les effets légitimes que les contractants ont dû s'en promettre. Or, lorsque, sans être mû par aucune considération qui me fût relative, vous avez aliéné le *dominium* de ce que j'ai reçu, et que je puis dire de bonne foi *meum recepi*, ou il faut abolir la participation, ou je dois être à l'abri de toute recherche. Si, au contraire, j'ai reçu ce qui ne m'était pas dû, exercez contre moi les droits de votre débiteur, sans vous embarrasser dans les lois *pro socio* et *de in rem verso*. C'est la seule action qui vous compète légitimement.

(2) V. entre autres M. Malleville, sur l'art. 1864 C. civ.

Digitized by Google

« à tous les intéressés, ni se servir d'un autre crédit que « celui du commerçant qui les dirige en son nom et sous « sa responsabilité individuelle. »

Art. 357. « Ceux qui contractent avec le commerçant « qui est en nom dans la négociation, n'ont d'action que « contre lui, et non contre les autres intéressés. De même « ceux-ci ne peuvent actionner le tiers qui a traité avec « l'associé dirigeant l'opération, à moins que celui-ci « n'ait fait une cession formelle de ses droits en faveur de « l'un des autres intéressés. » (Traduction de M. Victor Foucher) (1).

D'après ces principes, il est évident que si vous avez donné une commission à Jacques mon coparticipant, qui ne l'a pas exécutée, je ne suis tenu d'aucuns dommages et intérêts.

En exposant cette théorie, nous n'avons raisonné et nous n'avons dû raisonner que dans l'hypothèse d'une participation loyalement convenue, loyalement exécutée. Mais il arrive fort souvent qu'une société se masque sous les couleurs d'une association, ou que les participants agissent de manière à faire naître l'idée de leur commune responsabilité. C'est à quoi le juge doit prendre bien garde. Tout dépend alors de l'appréciation du fait, qui peut changer l'obligation individuelle en une obligation collective, ou, ce qui est la même chose, soumettre les con-

(1) Les art. 576 du Code portugais et 58 du Code néerlandais disposent aussi que, dans la participation, l'associé contractant ou ostensible est seul obligé envers les tiers.

Mais le droit anglais offre une singulière déviation des principes généralement reçus en matière de société. En Angleterre, il est de règle que, connu ou non, tout associé est solidaire des engagements pris par son associé, de quelque manière que la société soit contractée (V. Paley, p. 50, 51, 150).

Digitized by Google

tractants à la solidarité : *Animus contrahendæ societatis, quoties intervenit, facilè efficit ut contractus alius quilibet qui non sit societas, degeneret in contractum societatis* (Faber, *Ration.*, t. 5, p. 146, col. 1). Par exemple, dans l'espèce du plaidoyer de M. Merlin, le jugement du tribunal de commerce constatait *qu'il était notoire et connu de tous qu'Alloncle* (l'un des participants) *contractait seul pour l'association, au vu et su de Billaud* (l'autre participant). Qu'importait dès lors le nom donné à leur contrat ? En pareilles circonstances il y a dol ou faute, et l'affaire doit se juger, non par les règles de la participation, mais par la loi des quasi-délits, ou par le grand principe qui défend de tromper la bonne foi d'autrui : *Deceptis, non decipientibus jura subveniunt.*

39. — Il reste à examiner si deux commerçants non associés, ou deux associés non commerçants, qui acceptent ensemble une même commission, sont, par ce seul fait, solidairement engagés envers le commettant.

Deux textes semblent d'abord exclure cette solidarité : l'art. 1995 du Code civil d'après lequel « quand il y a « plusieurs fondés de pouvoir ou mandataires établis par « le même acte, il n'y a de solidarité entre eux qu'autant « qu'elle est exprimée ; » et l'art. 1202 du même Code, qui, adoptant la Novelle 99, porte : « La solidarité ne se « présume pas : il faut qu'elle soit expressément sti- « pulée ; » mais ces dispositions sont inapplicables aux affaires commerciales ; et quoique le Code de commerce ne s'en explique pas, dans tous les temps, deux commerçants qui s'obligent ensemble, ont été réputés s'obliger solidairement. On ne connaît pas, en jurisprudence, de maxime plus certaine, plus invariablement observée. Il est donc inutile de s'arrêter à prouver ce que personne ne

Digitized by Google

conteste, pas même les auteurs qui prétendent ériger en doctrine qu'on doit suppléer par le Code civil à tout ce que n'a pas réglé la loi commerciale. Nous dirons seulement que la coutume marchande, en ne se pliant pas à l'innovation introduite par Justinien, est mieux restée dans le vrai, que le Code civil qui s'y est conformé. En effet, *per rerum naturam*, l'idée de solidarité s'attache à l'obligation de deux ou plusieurs qui promettent, en même temps, une même chose, pour la même cause, à une même personne, laquelle suit la foi de tous, *utriusque fidem secutus*, et n'a conséquemment pas à s'enquérir de leurs conventions particulières. C'est ce que M. Frémery prouve très-bien dans son excellent ouvrage (p. 26 et suiv.). Avant Justinien, la solidarité passive et la solidarité active existaient aussitôt que deux ou plusieurs avaient promis ou stipulé une même chose : *Cùm duo eamdem pecuniam aut promiserint aut stipulati sunt, ipso jure et singuli in solidum debentur, et singuli debent* (L. 2, D. *De duob. reis constit.*). Tel fut constamment et tel est encore le droit commercial. Il est même remarquable qu'en abolissant, en général, la solidarité de plein droit, la Novelle 99 la laisse subsister entre mandataires : *Duobus quis mandavit negotiorum administrationem ; quæsitum est an unusquisque mandati judicio in solidum teneatur : respondi unumquemque pro solido conveniri debere.....* (L. 60, § 2, D. *Mand.*).

Au reste, quand une commission est acceptée par deux ou plusieurs individus, la solidarité est la même, qu'ils soient ou ne soient pas commerçants de profession : il suffit qu'ils le deviennent accidententellement en faisant un acte de commerce. Or, la commission est éminemment un acte de cette nature (V. t. 2, n° 29).

Enfin, nonobstant les art. 1862 et 1863 du Code civil,

Digitized by Google

nulle distinction non plus, en fait de commission, entre des non-commerçants qui sont associés, et des non-commerçants qui ne le sont pas. Leur société ne les soustrait point au joug d'une solidarité inhérente à la nature spéciale du contrat auquel ils ont concouru. Tous deviennent solidaires en donnant un mandat civil ; ils le sont pareillement s'ils acceptent une commission.

Digitized by Google

CHAPITRE DEUXIÈME.

Des obligations du commissionnaire envers le tiers qui traite avec lui.

SOMMAIRE.

40. Courte introduction à l'examen de cette question, qui domine tout le présent chapitre : pourquoi le Code de commerce (art. 92) soumet-il au Code civil le commissionnaire agissant au nom du commettant, et n'y soumet-il pas le commissionnaire qui agit en son propre nom (art. 91)?

41. Théorie comparée de l'une et l'autre espèce de commissionnaires. Tous deux sont également mandataires; seulement le mandat de l'un est secret, celui de l'autre ostensible. Mais ils n'en ont pas moins, envers leur commettant respectif, les mêmes droits et les mêmes devoirs que tout autre mandataire qui aurait nommé son mandant. Il en résulte que, par rapport au commettant, l'art. 92 n'introduit nulle différence entre les deux commissionnaires.

42. Relativement aux tiers, plus de parité. La différence est unique, mais notable. L'un des commissionnaires s'engage seul envers eux; l'autre ne leur oblige que le commettant.

Digitized by Google

L'art. 92 n'a pour objet que de marquer cette différence. Mais le législateur a mal rendu sa pensée ; son expression est obscure et louche.

43. Erreur dans laquelle cette obscurité a entraîné M. Locré. Singulière explication qu'il donne de l'art. 91. Selon cet auteur, le mandat du commissionnaire agissant en son propre nom est un contrat mixte, qui cesse d'être un mandat quand on l'exécute, et le redevient après l'exécution. Réfutation de ce système bizarre. Relativement au tiers avec lequel le commissionnaire traite en son propre nom, le mandat n'existe point. Il n'a d'existence que relativement au tiers avec lequel le commissionnaire traite au nom du commettant. Pourquoi.

44. Comment le Code espagnol distingue les deux commissionnaires dans leurs rapports avec les tiers. Cette distinction est la même que celle qu'a voulu énoncer le Code de commerce; mais il l'énonce mal et fait à rebours l'application du principe *qui dicit de uno, legat de altero*. Comment, en suivant ce procédé, il était possible de marquer clairement la distinction.

45. Malgré l'obscurité de l'art. 92, il résiste, par la nature des choses, à l'interprétation qu'en fait M. Locré.

46. L'équivoque de l'art. 92 est probablement due à la précipitation avec laquelle on rédigea le Code de commerce. On doit attribuer à la même cause certaines dispositions du même Code, les unes inintelligibles, les autres injustifiables. Indication de quelques-unes de ces dispositions.

47. Autre obscurité : à la première lecture des art. 91 et 92, on pourrait croire que le titre du mandat au Code civil est totalement étranger au commissionnaire qui agit en nom personnel. Passage de M. Vincens, où il le dit positivement. Réfutation de ce système par ses propres résultats. L'erreur ne provient pas seulement de l'obscurité de l'art. 92, elle provient aussi de la fausse idée que, pour être mandataire, il faut agir au nom du mandant. Cause de cette préoccupation. L'art. 91 ne renferme pas la conséquence qu'en déduit M. Vincens.

48. En droit et en raison, nul motif aux distinctions que cet auteur veut faire. Exacte parité des devoirs et des droits de

Digitized by Google

l'un et l'autre commissionnaire envers le commettant, *et vice versâ*. Conclusion : lorsque, par rapport au commettant, les principes généraux du mandat s'appliquent à l'un des commissionnaires, ils sont, dans le même rapport, applicables à l'autre,

49. Graves questions que fait naître la faculté que la loi laisse à tout commerçant d'être ou de n'être pas nommé dans le contrat fait en exécution de son mandat. Si le mandat ne prescrit spécialement aucun des deux modes, l'option en appartient-elle au commissionnaire? ou bien ne peut-il agir au nom du commettant, s'il n'y est expressément autorisé? Si cette autorisation est nécessaire et qu'elle n'existe pas, le commettant est-il engagé envers les tiers par le contrat fait en son nom. *Quid juris*, dans le même cas, entre le commettant et le commissionnaire? On n'examine ici que cette deuxième question; l'autre appartient au chapitre *des obligations du commettant envers les tiers*.

50. En ne prescrivant rien à cet égard, la loi s'en est rapportée à l'usage d'après lequel, à moins d'ordre contraire, le commissionnaire doit, en général, agir en son propre nom. Antiquité de cet usage. Sa nécessité prouvée par des exemples.

51. Autres preuves de cette nécessité.

52. Conséquences du principe. Il ne souffre que deux exceptions. En quoi elles consistent.

53. Autre question importante : quand le commissionnaire agit en son propre nom, quelle est sa position par rapport aux tiers? Il est leur obligé direct, personnel, unique, parce que sa foi seule a été suivie. Preuve de ce principe par l'autorité de D'Argentré et par celle de Casaregis. Passages remarquables de ces jurisconsultes. Applications de leur doctrine. Conclusion et principe certain : *les contrats n'opèrent qu'entre ceux qui contractent*.

54. Examen critique de cinq arrêts de la Cour d'appel de Rennes, où ce principe a été deux fois appliqué et trois fois méconnu (*affaires Ozou*). La contrariété provient de ce que la question n'a été bien posée que dans un seul des cinq arrêts. Malgré cette divergence de décisions, c'est une

Digitized by Google

règle fondamentale qu'alors même que le commettant est connu, et qu'il est notoire qne l'opération se fait pour son compte, le commissionnaire s'oblige seul, s'il traite en son propre nom. Dans le doute au nom de qui il a traité, la présomption est qu'il l'a fait en son nom personnel.

55. Conséquences de ce double principe. Le tiers et le commissionnaire peuvent seuls s'entre-contraindre à l'exécution de leur contrat. Le commettant est en dehors de la convention. Exemples.

56. Une seule exception, relative aux contrats d'assurance et de prêt à la grosse. Motif de cette exception.

57. Il peut arriver cependant que le commettant ait un recours vers le tiers, et le tiers vers le commettant. Cas où ce recours s'exerce. Exemples. Mais ce sont là des actions obliques dérivant du principe général qu'un créancier peut exercer les droits de son débiteur, en devenant passible de toutes les exceptions opposables à celui-ci.

58. Conséquence notable du principe que le commettant n'est compté pour rien dans le contrat fait par un commissionnaire qui traite en son propre nom. Ce commissionnaire peut compenser sa dette personnelle envers le tiers, avec ce que celui-ci lui doit pour compte du commettant. Exemple tiré de Casaregis. Raison qu'il donne de cette compensation.

59. Réciproquement, le tiers peut compenser ce que le commissionnaire lui doit avec ce qu'il doit lui-même au commissionnaire, bien que cette dernière dette soit une créance du commettant; mais il faut que cette compensation ait été faite ou que le droit de la faire ait été acquis au tiers avant la faillite du commissionnaire. Quand il en est ainsi, plus d'action contre le tiers pour le commettant. *Secùs*, au cas contraire. Passage de Casaregis.

60. Inadmissible selon le droit civil, la compensation dont il s'agit dans ce chapitre est particulière au droit commercial. L'usage en est constant. Il se fonde sur la nature même des opérations commerciales; preuve de cette proposition. L'usage se fonde encore sur la nécessité de maintenir le bon ordre dans le commerce. Ce que dit Casaregis à ce sujet.

Digitized by Google

61. La compensation dont il s'agit ici n'est pas celle qui *s'opère de plein droit, par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs* (art. 1290 C. civ.). C'est une compensation facultative. Il y faut le fait de l'homme. Elle peut s'opérer de trois manières : par convention, en compte courant, par jugement. Mais, parce qu'elle est du fait de l'homme, il faut qu'elle soit consommée, ou que le droit en soit acquis avant la faillite de celui du chef de qui elle serait proposée.

62. Casaregis enseigne le contraire dans son discours 135. Exposé de sa doctrine. Vice de son raisonnement, qui d'ailleurs ne s'accorde pas avec ce que l'auteur dit dans le passage cité n° 60. Mais il atteste que, de son temps, l'usage admettait que la compensation s'était faite *in limine decoctionis*, par la force de la loi. En droit, c'était, dit-il, une question fort grave, qu'aucun auteur ni lui-même n'avait abordée.

63. Chez nous, une telle fiction est inadmissible. L'art. 575 du Code commercial s'y oppose. Son texte ne reconnaît même que la compensation par compte courant. Mais cette disposition n'est que démonstrative. Elle ne peut exclure une compensation convenue, ou prononcée par jugement avant la faillite.

40. — Aucune commission ne peut s'exécuter, que le commissionnaire ne se mette en rapport avec un tiers, et n'agisse ou en son propre nom, ou au nom du commettant. L'alternative est inévitable.

On a vu (t. 2, n°s 14, 15) dans quel but le législateur a introduit ce double mode d'exécution, et, par suite, deux espèces de commissionnaires. Quant à la différence qui existe entre eux, l'un, avons-nous dit, ne stipule que pour le commettant et n'engage que le commettant ; l'autre n'engage que lui seul, et ne stipule que pour lui-même. Dans ce dernier cas, le commissionnaire contracte donc

Digitized by Google

envers le tiers, et le tiers envers le commissionnaire, des obligations dont l'examen sera l'objet du présent chapitre.

Voyons d'abord le texte de la loi. Le Code de commerce dispose :

Art. 91. « Le commissionnaire est celui qui agit en « son propre nom ou sous un nom social pour le compte « d'un commettant. »

Art. 92. « Les droits et les devoirs du commissionnaire « qui agit au nom d'un commettant sont déterminés par « le Code civil, liv. 3, tit. 13. »

Pourquoi l'un des commissionnaires renvoyé au Code civil, et pas l'autre ? Le sens de cette énigme ne s'offre point à première vue. Essayons, avant tout, d'en donner l'explication.

41. — Le commissionnaire qui agit en son propre nom et le commissionnaire qui agit au nom du commettant, tiennent également leurs pouvoirs de celui pour qui ils agissent; rien de plus évident. Tous deux sont donc également mandataires ; seulement l'un cache son mandat, l'autre ne fait pas mystère du sien. Là est toute la disparité, encore n'a-t-elle d'effet que dans l'exécution. Celui qui garde le secret ne cesse pas plus d'être mandataire du commettant, qu'un commandé ne cesse d'être mandataire du command pour compte duquel il achète sous son propre nom. Chacun d'eux reste toujours, à l'égard de qui les fait agir, dans les mêmes droits et les mêmes devoirs que tout autre mandataire qui aurait nommé son mandant. A ce point de vue, impossible d'apercevoir entre eux la plus minime différence, *ne pilum quidem :* l'esprit ne la conçoit point. Il est si vrai que nous ne laissons pas d'être mandataires, alors qu'en vertu d'un mandat confidentiel nous agissons pour autrui en notre propre nom, que chez

Digitized by Google

les Romains jamais le mandat ne s'exécutait d'une autre manière ; il n'en restait cependant pas moins un mandat. Pourquoi ? Parce qu'alors comme aujourd'hui, le contrat quelconque fait en exécution du mandat était un contrat distinct du mandat lui-même.

L'art. 92 n'a donc pas été fait en vue de déclarer ou d'introduire quelque différence entre les deux sortes de commissionnaires, quant à *leurs droits et leurs devoirs* envers celui pour qui ils agissent. Sous ce rapport, on n'en saurait imaginer aucune qui ne résistât à la nature des choses. Ce serait faire dire à la loi : *Le commissionnaire qui traite dans le nom du commettant*, est mandataire ; *secùs*, de l'autre. Or, si telle eût été l'entente du législateur, il aurait nécessairement dit ce qu'est cet autre commissionnaire. Pourquoi ne l'a-t-il pas fait et n'a-t-il pas dû le faire? Parce qu'il n'est donné à personne de concevoir, même pendant un instant de raison, un commissionnaire sans mandant, ou un commettant sans mandataire.

Toutefois l'identité n'existe qu'à l'égard du mandant. Relativement aux tiers, plus de parité, car l'un des commissionnaires s'engage seul envers eux ; l'autre, au contraire, ne leur oblige que le commettant ; différence unique, mais importante, que Casaregis exprime énergiquement en ces termes : « Lorsque le mandataire contracte « purement et simplement sans parler de son mandat, le « contrat *s'enracine* tellement en lui, qu'il ne peut compé- « ter aucune action au mandant contre le tiers » : *Etenim, quandò mandatarius simpliciter contrahit non expresso mandato, adeò in eo* radicatur *contractus, ut mandanti ampliùs contrà tertium nulla competere possit actio* (Casar., Disc. 96, n° 2).

Digitized by Google

42. — Marquer cette différence entre le commissionnaire qui s'oblige et le commissionnaire qui ne s'oblige point, par suite, entre le commettant qui a une action et le commettant qui n'en a pas contre le tiers et réciproquement, tel fut l'objet de l'art. 92. Ce qui le prouve, c'est qu'en nul autre endroit le Code ne s'occupe des tiers dans leurs rapports avec un commissionnaire. Il fallait pourtant statuer sur leurs intérêts. Mais le législateur l'a fait par une disposition trop elliptique qui rend mal sa pensée; car, au premier aspect, on dirait, non pas qu'il introduit, mais qu'il sous-entend *à priori* une distinction quelconque entre les deux commissionnaires pour ce qui est de leurs droits et de leurs devoirs envers leur commettant respectif. Il n'en est pourtant rien, et l'on vient de voir qu'il n'en pouvait rien être.

43. — Cette obscurité est cause de la singulière explication que M. Locré nous donne de l'art. 91, dans son *Esprit du Code de commerce* (t. 1, p. 336, édit. de 1829).

Suivant cet auteur, le mandat du commettant au commissionnaire qui agit en son propre nom « est un contrat « d'une nature mixte. Considéré relativement aux per- « sonnes avec lesquelles le commissionnaire traite pour « le compte du commettant, on ne peut point le « qualifier de mandat; car, encore que le commission- « naire gère l'affaire d'autrui, « en quoi il est incontesta- « blement mandataire, il la gère en son propre nom; « ainsi, entre le commissionnaire et le tiers, le pou- « voir que le commettant a donné au commissionnaire « ne participe en rien de la nature du mandat dans « les ventes, dans les achats, etc., que le commissionnaire « fait en cette qualité; il est partie directe, lui seul est « partie. Entre le commissionnaire et le commettant, au

Digitized by Google

« contraire, le contrat redevient mandat, n'est pas autre « chose, et retombe dès lors sous l'empire du droit com- « mun. »

Telle est la doctrine de M. Locré; mais, en vérité, n'est-ce pas quelque chose de bien extraordinaire qu'un mandat qui cesse d'être mandat quand on l'exécute, et qui, une fois exécuté, *redevient* un mandat? Puis, si ce mandat est un *contrat mixte*, il faut donc qu'il se mélange de l'achat, de la vente, en un mot du contrat quelconque qui en est l'exécution? Or cela n'a pas de sens, car, à l'égard du tiers, ce mandat, qu'il ignore, est comme s'il n'existait pas; dès lors, du commettant au commissionnaire, pourquoi donc aurait-il cessé, un seul instant, d'être ce qu'il était dès le principe?

Il est aisé de voir d'où provient la confusion. M. Locré a bien senti que le but du législateur était de déterminer les rapports essentiellement différents de l'un et de l'autre commissionnaire, et du commettant lui-même avec le tiers; mais l'auteur a cru que, dans l'appréciation du contrat passé avec ce tiers, il fallait aussi tenir compte du mandat occulte, et de là l'idée d'un *contrat mixte*. C'est une erreur. Il n'y a jamais lieu à *considérer le mandat relativement aux personnes avec lesquelles le commissionnaire traite pour le compte de son commettant*, et cela toujours par la même raison que, naturellement secret ou réputé l'être, ce mandat n'a pas d'existence relative aux tiers : *De his quæ non apparent et de his quæ non sunt, idem fit judicium.* Effectivement ce tiers ne suit que la foi de la personne avec laquelle il traite, et avec laquelle il ne contracterait peut-être pas, s'il savait de qui elle tient ses pouvoirs.

Il n'y a que le mandat du commissionnaire agissant dans le nom du commettant qui doive *être considéré rela-*

Digitized by Google

tivement au tiers. Encore une fois, l'unique objet de l'article 92 est de le faire entendre ; mais la rédaction en est louche; de là l'obscurité où s'égare M. Locré.

44. — Le Code espagnol, promulgué longtemps après le nôtre, l'a évitée. Il pose en principe que le commissionnaire qui agit en son propre nom « demeure obligé directement envers les personnes avec lesquelles il contracte, « comme s'il avait contracté pour son propre compte « (art. 118); et que ceux qui traitent avec ce commissionnaire n'ont pas de recours non plus contre ce commettant (art. 119) (1). » Cela dit, il se tait sur le commissionnaire qui traite dans le nom du commettant. En effet, quel besoin d'en parler? C'est, ou jamais, le cas de la règle *qui dicit de uno, negat de altero.* Dire que l'un des commissionnaires est engagé personnellement et seul engagé envers le tiers, c'est assez dire que l'autre ne l'est pas, et le laisser, par rapport à ce tiers, sous le régime du droit civil.

Notre Code a bien aussi l'intention de dire la même chose, et de ne dire que la même chose ; mais il le dit d'une manière inverse, et il s'y prend mal.

(1) « El comisionista, aunque trate por cuenta agena, puede obrar « en nombre propio.

« De consiguiente no tiene obligacion de manifestar quién sea la « persona por cuya contrata. Pero queda obligado directamente acia « las personas con quienes contrate, como si el negocio fuese pro- « pio » (art. 118 C. esp.).

. . . . . .

Tampoco adquieren accion alguna contra el comitente los que trataren con su comisionista por las obligaciones que éste contrajo (art. 119 *id.*).

Les art. 42 et 43 du Code portugais sont exactement conformes aux art. 118 et 119 du Code espagnol.

Digitized by Google

Au lieu d'énoncer, comme le Code espagnol, que le commissionnaire qui agit en son propre nom est seul engagé envers le tiers, et de laisser l'autre silencieusement sous l'empire de la loi civile, il a préféré dire que le commissionnaire qui traite dans le nom du commettant n'est pas engagé envers le tiers, et ne point parler, relativement à celui-ci, du commissionnaire qui traite en son propre nom. C'est l'application à rebours de la règle *qui dicit de uno, negat de altero*, conversion qui manquerait souvent de justesse. Néanmoins on pouvait atteindre le but de cette manière comme de l'autre; mais il fallait s'expliquer nettement, en ces termes, par exemple : « Le « commissionnaire qui agit dans le nom de son commet- « tant ne s'engage point avec le tiers, qui n'a lui-même « d'autre obligé que le commettant. » Inutile alors de dire que l'autre commissionnaire s'engage et n'engage que lui. Mais on a visé à la concision, et l'on est tombé dans l'obscurité : *Brevis esse laboro, obscurus fio.* On a cru qu'il était égal de dire du commissionnaire qui agit au nom du commettant, que *ses droits et ses devoirs* sont déterminés par *le Code civil, titre du Mandat*, et voilà d'où naît la confusion. Car, lorsqu'on se demande quels peuvent être, envers les tiers, les droits et les devoirs d'un tel commissionnaire, tout se réduit au droit négatif de ne pouvoir être poursuivi pour l'exécution du contrat, et au devoir positif de faire connaître au tiers toute l'étendue de ses pouvoirs.

45. — Mais l'obscurité de l'art. 92 n'est que dans les mots; elle ne change point la nature des choses, et n'empêche pas de voir clairement que l'antithèse des art. 91 et 92 ne peut avoir l'effet, que M. Locré lui attribue, de laisser vivre le mandat avant son exécution, d'en sus-

Digitized by Google

pendre l'existence pendant qu'on l'exécute et de le ressusciter après; et puisque l'auteur n'a pu trouver une explication plus satisfaisante, elle nous persuade de plus en plus que la nôtre est la seule admissible. Ce qui achève notre conviction, c'est que, si l'art. 92 eût entendu modifier, par rapport au commettant, *les droits et les devoirs* du commissionnaire qui agit en son propre nom, le Code aurait nécessairement dit, quelque part, en quoi consistent ces modifications, qui ne se déduisent d'aucun principe, et ne se justifient par aucun motif.

46. — Après tout, on ne doit pas s'étonner de l'imperfection de l'art. 92. La précipitation commandée avec laquelle fut rédigé le Code de commerce (1) a produit plus d'une fois des dispositions dont on ne peut s'expliquer la raison, et d'autres entièrement inintelligibles. Qui pourrait, par exemple, dire pourquoi l'art. 400 du Code de commerce répute avarie commune les loyers et nourriture

(1) Une commission, créée le 13 germinal an IX, avait préparé un projet de Code de commerce. Il dormait depuis plusieurs années, et on aurait fini par l'oublier, dit M. Locré (*Législ. civ., com. et crim. de la Fr.*, t. 1, p. 126), lorsqu'une maison qui disposait d'un grand crédit et étalait un luxe effréné, manqua de 28 à 30 millions. Aussitôt, continue M. Locré, Napoléon, du fond de la Prusse et de la Pologne, donna l'ordre de préparer une loi sur les faillites. On lui fit observer que la loi qu'il demandait faisait partie du projet de Code de commerce. Incontinent il donna l'ordre de discuter ce projet sans attendre son retour; et l'on se mit à l'œuvre.

M. Locré (*ubi sup.*) et dans son *Esprit du Code de comm.* (t. 1, p. 19) regrette, avec raison, qu'au lieu de confier le travail préparatoire du Code de commerce à la section de l'intérieur du Consei d'État, on n'en ait pas chargé de préférence la section de législation ou mieux encore les deux sections réunies. Effectivement l'intervention des jurisconsultes est nécessaire dans tout travail relatif aux lois destinées à régir les intérêts privés, de quelque nature qu'ils soient.

Digitized by Google

des matelots, non-seulement pendant la détention quand le navire affrété au mois est arrêté par ordre d'une puissance, mais encore « pendant les réparations du dom- « mage souffert pour le salut commun? » Cette assimilation de deux cas si différents est un effet sans cause; car autant il est juste, dans le premier de ces cas, que l'avarie soit commune, c'est-à-dire qu'il y ait lieu à contribution, parce qu'alors le fret n'est pas dû au navire (art. 300 C. comm.), autant il est injuste qu'elle ne lui soit point particulière dans l'autre, puisque le fret entier lui est acquis (art. 293, 296). C'est encore ainsi qu'avant sa rectification, le texte de l'art. 115 du Code de commerce consacrait une évidente injustice en rendant le tireur *pour compte* personnellement obligé envers le tiré; ce qui est contraire au fait commercial et à toute idée de droit. Les réclamations du commerce (1) obtinrent la loi du 17 mars 1817 qui répara, mais ne put réparer que pour l'avenir, cette méprise funeste. Il a bien fallu aussi, dans la nouvelle loi sur les faillites, supprimer l'inconcevable art. 584 où le mot *créditeur*, pris comme *terme de tenue de livres*, était employé par opposition au mot *débiteur* pris comme *terme de droit;* ce qui faisait un nonsens inextricable contre lequel sont venus échouer tous les arrêts et tous les commentateurs. Arrêtons-nous à ces exemples qu'il serait facile de multiplier. Justinien, en se vantant d'avoir fait disparaître des lois toutes antinomies ou décisions contraires, prétend qu'une recherche attentive suffira pour découvrir la concordance des textes qui ne se contredisent qu'en apparence; et, sur la foi de l'assertion impériale, les jurisconsultes ont, avec un labeur immense, consumé des siècles à vouloir concilier ce qui

(1) V. le *Journal du Commerce*, 1811, n. 56.

Digitized by Google

est à jamais inconciliable : *Contrarium autem aliquid, in hoc codice positum, nullum sibi locum vindicabit, nec invenietur, si quis, subtili animo, diversitatis rationes excutiet, sed est aliquid novum inventum, vel occultè positum quod dissonantiæ querelam dissolvit, et aliam naturam induit, discordiæ fines effugientem* (Const. Tanta, § 15). Moins présomptueux et plus vrai, le législateur français avertit lui-même que sa rédaction peut être quelquefois *obscure*, d'autres fois *insuffisante* (art. 4 C. civ.). Alors il en est des lois comme des conventions particulières ; on doit rechercher ce qui était dans l'intention du législateur, *in mente legislatoris*, plutôt que de s'attacher au sens littéral des termes dont il a pu se servir par mégarde ; et en appliquant cette règle aux art. 91 et 92, il devient évident qu'ils ont été faits, comme les art. 118 et 119 du Code espagnol, et les art. 42 et 43 du Code portugais, dans l'unique but de déclarer qu'un commissionnaire peut exécuter son mandat aussi bien dans le nom du commettant que sous son propre nom ; mais que, quand il agit dans le nom du commettant, ce n'est qu'entre celui-ci et le tiers qu'interviennent les engagements réciproques ; ce qui est la traduction de l'art. 1998 du Code civil, auquel seul il fallait se référer ; ou, suivant l'inversion plus rationnelle du Code espagnol, mais par une formule plus concise et plus nette, « que le commissionnaire qui traite en son propre « nom, n'oblige le tiers qu'envers lui seul, et n'oblige que « lui seul envers le tiers. » Ce peu de mots auraient suffi : *Leges ab inutilibus circuitibus abhorrent* (Casaregis, Disc. 97, n° 18).

Il faut donc lire ainsi l'art. 92 : « Les devoirs et les « droits (envers les tiers) du commissionnaire qui agit au « nom d'un commettant, sont déterminés, etc... »

Digitized by Google

47. — L'article présente encore une autre amphibologie. On pourrait croire, *primâ fronte*, que le titre du Mandat, au Code civil, ne régit que le commissionnaire qui agit au nom du commettant, et nullement l'autre. M. Vincens l'enseigne même positivement, t. 2, p. 113. « Nous « passons, dit-il, au Code de commerce, et nous y trou- « vons cette distinction fortement développée. Il porte, « art. 91 : *Le commissionnaire est celui qui agit en son* « *propre nom* pour le compte d'un commettant. Il peut « aussi, continue le Code, agir au nom du commettant. « Alors (mais alors seulement) *c'est un mandataire* pro- « prement dit ; et ses devoirs et ses droits sont déterminés « par le titre du Code civil sur le mandat (art. 92 « C. com.). Or il n'est rien dit de semblable à l'égard « du commissionnaire prêtant son propre nom. L'exclu- « sion et l'opposition dans les deux cas sont manifestes. « Le titre du Code civil sur le mandat ne peut donc être « appliqué de droit à la commission, sinon dans les cas « et avec les modifications requises par la différence dans « la nature des choses ou par l'usage. Il en est alors de ce « contrat comme de la société, etc. »

D'après ce passage, nul doute que M. Vincens n'ait compris la loi dans le sens dont nous croyons avoir démontré l'erreur : première méprise qui en appelait une autre. En effet, de ce que l'art. 92 renvoie au Code civil le commissionnaire qui agit au nom du commettant, l'auteur a conclu que ce Code est à peu près étranger au commissionnaire agissant en son propre nom, ce qui serait vrai si l'autre était seul *un mandataire proprement dit*. Mais c'est précisément dans cette supposition que l'erreur consiste. Il suffit, pour la démontrer, d'en déduire les conséquences. Selon ce système, le commissionnaire qui contracte au nom du commettant, dépouille à l'égard de celui-

Digitized by Google

ci le caractère commercial; il n'est plus que mandataire du droit civil, ce qui résiste au titre de commissionnaire qu'il tient de la loi; et, quant au commissionnaire qui agit en son propre nom, comment s'en faire une idée dont on puisse se rendre compte, puisqu'on nous laisse ignorer si la qualité de mandataire lui appartient ou ne lui appartient pas?

Toute cette confusion n'a pas seulement pour cause l'obscurité de l'art. 92; elle provient aussi de la préoccupation que nul n'est mandataire s'il n'agit au nom du mandant. L'art. 1984 du Code civil peut effectivement suggérer cette idée (1); mais ce qu'elle a de trop général se rectifie par l'art. 1997 (2), où l'on voit qu'il ne répugne en rien à l'essence du mandat civil lui-même d'être exécuté dans le nom du mandataire. C'est ce qui arrive chaque jour, par exemple, dans l'exécution du contrat de command, qui, sous certains rapports, n'est pas sans affinité avec le contrat de commission.

Notre art. 91 n'a donc pas pour but, comme l'enseigne M. Vincens, de déclarer que le commissionnaire qui traite au nom du commettant, est seul *mandataire proprement dit, ni de développer fortement*, du moins à cet égard, aucune distinction entre les deux commissionnaires. Le Code n'en fait qu'une seule, celle que nous venons d'expliquer. Son objet exclusif est l'intérêt des tiers, auquel il n'est pourvu que dans les art. 91 et 92. Sous tout autre rapport, rien de changé à l'état normal des choses, d'après lequel est mandant qui donne une commission, est man-

(1) Art. 1984. — « Le mandat ou procuration est un acte par le-« quel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quel-« que chose pour le mandant *et en son nom*. »

(2) Art. 1997. — « Le mandataire qui a donné à la partie avec la-« quelle il contracte *en cette qualité*, etc. »

Digitized by Google

dataire qui l'accepte, de même que le mandat, sous quelque nom qu'on l'exécute, reste toujours commercial, s'il a pour objet une affaire de commerce.

48. — D'ailleurs où serait le motif des distinctions que M. Vincens suppose, sans dire en quoi elles consistent ? Est-ce que le commissionnaire qui traite en son propre nom n'est pas tenu, comme le commissionnaire qui traite dans le nom du commettant, de rendre compte de sa gestion, d'accomplir le mandat tant qu'il en demeure chargé, de répondre de son dol, de ses fautes, etc. ; et, de son côté, le mandant est-il moins ou plus obligé envers l'un des commissionnaires qu'envers l'autre, au remboursement de leurs avances et de leurs frais, au payement d'un salaire convenu ou non stipulé, en un mot, à l'accomplissement de tous les devoirs que lui impose la loi du mandat combinée avec l'usage du commerce, sauf l'art. 1998 dont l'exécution se passe entre le tiers et le commettant au nom duquel le commissionnaire a contracté (1)? C'est dans ce dernier point qu'est toute la différence. Lors donc que, par rapport au commettant, les principes généraux du mandat s'appliquent à l'un des commissionnaires, ils sont, dans le même rapport, applicables à l'autre. Tel est le vrai sens de nos art. 91 et 92.

49. — Cette combinaison ingénieuse qui donne à tout commerçant la liberté de faire agir dans son nom, ou de se dissimuler sous un nom d'emprunt, et d'user, en secret, d'un crédit qui n'est pas le sien, ne laisse pas de faire naître des questions d'une grave importance.

(1) Art. 1998 C. civ. — « Le mandant est tenu d'exécuter les enga-« gements contractés par le mandataire, etc... »

Digitized by Google

Lorsque le mandat ne prescrit spécialement aucun des deux modes, l'option en appartient-elle au commissionnaire?

Ou bien, au même cas, le commissionnaire ne peut-il agir dans le nom du commettant, qu'il n'y soit autorisé expressément ou implicitement?

La double question aboutit à ces deux autres : si l'autorisation est nécessaire et n'a pas été donnée, le contrat fait dans le nom du commettant l'oblige-t-il envers les tierces personnes? Quel en est l'effet entre celles-ci et le commissionnaire?

Nous n'examinons ici que cette deuxième question. La première appartient au chapitre *des Obligations du commettant envers le tiers.*

50. — Le projet de Code (art. 55) exigeait un *pouvoir spécial* pour faire le contrat dans le nom du commettant. A la vérité, la loi n'a pas reproduit cette disposition. Mais on n'en doit pas conclure qu'elle ait entendu laisser au commissionnaire la liberté d'agir ou de n'agir pas sous son propre nom, au gré de sa volonté ; il en résulte seulement que, sous ce rapport, le législateur s'en est référé à l'usage du commerce.

Or c'est une coutume ancienne et universellement reçue, qu'à moins d'instructions prohibitives le mandat s'exécute dans le nom du commissionnaire : *De consuetudine*, dit Ansaldus, *mercatores solent aliena negotia proprio nomine expedire* (Disc. 30, n° 32). Casaregis, en constatant le même usage, le motive en quelques mots : « C'est, dit-il, la coutume que le commerçant ne divulgue « pas plus les affaires d'autrui que les siennes propres, « mais qu'il les traite secrètement et en son propre nom, « sans jamais exprimer le nom du commettant ou corres-

Digitized by Google

« pondant auquel il importe, par des motifs de prudence, « d'opérer sous le nom d'autrui. » *Mercatores non solent tàm propria quàm aliena negotia propalare, sed ea secretò suoque sub proprio nomine agere, nusquàm exprimendo nomen committentis vel sui corresponsalis, cui quoque expedit ob motiva prudentialia sub alieno nomine sua negotia peragere* (Disc. 37, n° 5 *et passim*).

Quels sont ces motifs de prudence? L'auteur ne le dit pas. Commandés par les diverses circonstances, ils naissent et s'évanouissent avec elles. Mais on comprendra facilement par des exemples combien, dans certaines occasions, il est prudent de taire, et combien funeste il peut être de révéler le nom du commerçant pour lequel on opère.

Supposez que Jacques, négociant connu pour se livrer à d'heureuses spéculations, *v. g.*, sur les grains, commet des achats considérables à Salomon qui, au lieu d'agir secrètement, *suo sub proprio nomine*, fait connaître à tous pour compte de qui il achète : aussitôt dix autres commerçants, peut-être, vont entreprendre la même opération, parce que, ayant souvent éprouvé l'habileté de Jacques, et lui voyant faire de grands approvisionnements, ils en concluront que la denrée a atteint son plus bas prix, et que la hausse ne tardera pas à se déclarer; et c'est ainsi qu'en prévoyant une concurrence inattendue, l'imprudence du commissionnaire aura fait manquer, ou rendu moins avantageuse une spéculation dont le plein succès ne tenait qu'à plus de discrétion.

Voulant s'approvisionner en fabrique, un autre négociant donne ordre de traiter de divers partis avec une maison qui le fournit habituellement. Mais il lui doit déjà une forte somme dont elle ne presse pas la rentrée. Que peut-il arriver, si le commissionnaire s'annonce pour agir dans le nom de ce négociant? Que, déjà à découvert, la

Digitized by Google

maison refuse de traiter avec lui. Peut-être même, concevant des soupçons sur la solvabilité de son débiteur, fera-t-elle saisir la marchandise dont le commissionnaire se serait pourvu dans une autre fabrique.

Ainsi le commettant n'aura pu faire un approvisionnement qu'il avait peut-être placé par anticipation, avec la certitude d'un bénéfice suffisant pour payer sa dette antérieure et faire honneur à toutes ses obligations; il sera réduit à manquer à ses engagements avec ses divers acheteurs, à perdre tout crédit et à ne pouvoir éviter une ruine complète. Si le commissionnaire eût agi en son propre nom, le résultat était inverse : le manufacturier livrait ses produits aux termes ordinaires de payement; le commettant satisfaisait ses acheteurs et réalisait un beau bénéfice; des remises étaient faites à temps au commissionnaire; en un mot toute l'opération était conduite à bonne fin, et tout a été perdu par l'effet d'une indiscrétion.

La Grande-Bretagne est en guerre avec les États-Unis d'Amérique. Un négociant de Philadelphie mande à son correspondant du Havre de lui expédier, par un navire français, certains produits de l'industrie française. L'ordre est rempli; mais, au lieu de faire les connaissements en son propre nom, le commissionnaire les fait au nom du commettant; et, comme il n'est pas encore reçu dans le droit international que le pavillon couvre la marchandise, le navire est visité à la mer par un capitaine anglais qui, à la seule inspection des papiers de bord, reconnaît une propriété américaine, et la fait déclarer de bonne prise (V. t. II, nos 14, 15).

51. — Inutile de multiplier ces exemples. Ajoutons seulement que la sagesse de l'usage se justifie encore par d'autres considérations.

Digitized by Google

En donnant un ordre, on compte autant, souvent plus sur le nom que sur les soins de son correspondant. Le crédit de celui-ci sur une place où presque toujours le commettant est à peu près ignoré s'il ne l'est entièrement, facilite la négociation et la fait conclure à des conditions avantageuses que n'obtiendrait probablement pas un négociant inconnu. D'ailleurs, comment exécuter le mandat avec la promptitude essentielle aux affaires commerciales, si, pour traiter avec sûreté, le tiers devait s'enquérir de la solvabilité du commettant, vérifier les pouvoirs du commissionnaire, et s'assurer, en outre, le moyen d'en constater l'existence ?

Ce n'est pas tout : l'exécution du contrat fait en exécution du mandat n'impose que trop souvent la nécessité d'actionner ou de défendre devant les tribunaux. S'il fallait que chaque ordre fût accompagné d'une procuration en forme, ou qu'il fallût solliciter un tel pouvoir dès la naissance de la contestation, que d'entraves et de lenteurs dans l'expédition des affaires ! Or rien de semblable quand le commissionnaire agit en son propre nom.

Enfin, dans le commerce de la vie civile, où l'on traite en général de corps certains et déterminés, s'il n'est pas impossible, du moins est-il fort rare que le porteur d'un mandat trouve le moyen d'en abuser, en imposant plus d'une fois la même obligation au mandant. D'ailleurs, si l'obligation est contractée par acte notarié, le mandat reste en dépôt chez le notaire rapporteur, et, presque toujours, le tiers s'en fait nantir, s'il traite, par acte sous seing privé, d'un objet de quelque importance. Il n'en est pas ainsi des transactions commerciales ; elles roulent sur des quantités. Entre commerçants on contracte oralement ou par simples missives, presque jamais sous le sceau des officiers publics, et c'est la coutume que l'ordre

Digitized by Google

reste aux mains de celui qui l'a exécuté. Il pourrait donc facilement en faire abus, s'il avait la libre faculté de l'exécuter au nom du commettant. Mais un puissant obstacle à cette infidélité, c'est l'usage d'après lequel le commissionnaire se constitue seul débiteur, s'il n'a reçu le pouvoir de contracter de l'autre manière.

Ainsi le secret et la célérité nécessaires dans les opérations commerciales, la fréquente difficulté de traiter au nom du commettant, l'impossibilité où est le tiers de s'assurer la justification de l'ordre présenté par le commissionnaire, la nécessité pour celui-ci de pouvoir actionner et défendre en justice, enfin l'abus possible du mandat par une exécution multiple, autant de considérations qui rendent raison de l'usage, et en démontrent la sagesse.

Inutile d'objecter que l'enseignement de Savary semble contraire. N'oublions pas que Savary ne traite de la commission que pour la localité de Paris qui avait ses règlements, ses priviléges, ses usages propres. L'auteur a soin de nous en avertir lui-même ; dès lors son autorité ne tire point à conséquence. D'ailleurs, attesté par Ansaldus contemporain de Savary, et par Casaregis qui écrivait après eux, l'usage dont il s'agit s'est continué jusqu'à notre temps. Chaque jour encore les commissionnaires s'y conforment, justement persuadés qu'ils sont dans le devoir de prêter au commettant leur nom et leur crédit.

Or, un usage antique et constant forme un pacte tacite qui fait partie de la convention : *Ne' mandati ed ordini dati da mercadanti s'intende anchè comprehenso qualunchè altro ordine o mandato a fare ciò che per loro stilo ed uso è solito farsi, benchè non sia stato espresso* (1).

(1) Casareg., Disc. 198, n° 31; 54, n° 32; 76, n°s 16 et 17; 173, n° 10 Rot. gen., Dec. 143, n° 4.

Digitized by Google

Ainsi, règle générale : si le commettant n'a prescrit ou permis de contracter en son nom, le contrat à faire en exécution du mandat doit être fait dans le nom seul du commissionnaire. C'est donc à lui d'y prendre garde avant d'accepter la commission, et de stipuler des sûretés qui puissent l'indemniser de son engagement personnel.

52. — Les conséquences du principe et les exceptions qu'il peut souffrir se présentent d'elles-mêmes.

Lorsque le commettant a donné le pouvoir, ou seulement laissé la faculté d'agir en son nom, évidemment il ne peut jamais se plaindre que le commissionnaire n'ait pas contracté dans le sien.

Mais contracter au nom d'un commettant dont on n'a reçu ni ce pouvoir, ni cette faculté, c'est excéder le mandat, et répondre du préjudice. Tel serait le cas proposé n° 50, où l'on voit que la marchandise est saisie sur un navire neutre, par la faute d'un expéditeur qui aurait dû faire les connaissements en son propre nom.

Il n'est que deux cas où la règle cesse. D'abord celui où le commissionnaire n'a pas été nanti des garanties promises; il ne serait point tenu d'exécuter le mandat (V. t. 2, n° 222); à plus forte raison ne l'est-il pas de prendre des obligations personnelles. Si préjudice arrive, l'auteur en est le commettant, qui n'a pas rempli la sienne.

La seconde exception, c'est quand, le commissionnaire n'acceptant pas de se constituer débiteur, il se trouve, en même temps, que l'inexécution du mandat causerait au commettant un préjudice certain et considérable. L'espèce rentrant alors dans les cas insolites et d'urgence dont il est parlé t. 2, n° 29, le commissionnaire peut se porter

Digitized by Google

negotiorum gestor, et agir *proùt videbitur suæ prudentiæ.*

Maintenant quelle est, à l'égard des tiers, la position du commissionnaire qui agit en nom personnel?

53. — Lorsque le commettant reste innomé, nul rapport direct ne saurait s'établir entre lui et le tiers avec lequel le commissionnaire a traité; celui-ci agissant en son propre nom, c'est avec lui que le tiers a voulu contracter et a réellement contracté. Sa foi seule est suivie; il devient donc obligé direct et personnel : *Quoties quisquam in rebus agit, vendit, permutat, contrahit sine adjectione externæ qualitatis, semper nomine suo contrahere videtur* (1). C'est à ce moment que se fixent irrévocablement les droits et les qualités des parties contractantes; la maxime est certaine.

« Ou le commerçant qui agit pour autrui, dit Casa-« regis, fait connaître son mandat à l'autre contractant, « et alors il ne s'oblige pas; celui-là seul est obligé au « nom duquel il contracte; ou il traite en son propre nom, « sans exprimer son mandat, ni agir *nomine alterius*, et, « dans ce cas, lui seul est obligé, et nullement celui pour « lequel il a entendu réellement contracter, et dont il a « reçu mandat » : *Præmittenda communiter per D. D. recepta distinctio : aut mercator qui pro aliis contrahit, mandatum contrahendi pro aliis ad notitiam alterius contrahentis exhibuit, tunc ipse non obligatur, sed solùm principalis cujus nomine contraxit; aut mercator suo nomine contraxit, non exprimendo vel exhibendo mandatum, neque alterius nomine, et tunc ipse obligatur, et non ille pro quo verè contrahere intellexit, et à quo con-*

(1) D'Argentré, *Cout. de Bret.*, gl. 1, n° 4. V. Paley, p. 290, le même principe énoncé par lord Kenyon.

Digitized by Google

trahendi mandatum receperat (Casareg., Disc. 40, n° 26 *et passim ;* Ansald., Disc. 30, n°s 31, 32). Sût-on que le commissionnaire n'agit pas pour lui-même, il n'en demeure pas moins exclusivement obligé, parce que c'est la foi de lui seul qui a été suivie : *Quid apparet mercatorem personam tantùm* (*contrahentis*) *in suo contractu contemplâsse*, *nullumque ad personam* (*mandantis*) *respectum habuisse* (Casareg. *ubi sup.*)

Un commissionnaire accompagne son commettant chez un marchand de soieries ; des pièces de lévantine sont achetées à terme, et il est entendu que le prix en sera payé par le commissionnaire. Celui-ci reste seul obligé nonobstant la présence du commettant dont la qualité est déclarée, parce que le vendeur n'a suivi que la foi du commissionnaire, qui seul a contracté (*Jurisp. de Marseille*, 1827, 1, 235.)

Par ordre et pour compte de Jacques, je fais traite sur la personne et le lieu qu'il m'indique ; encore bien que, dans cette traite, j'exprime en toutes lettres le nom de mon commettant avec déclaration que je tire pour lui, je n'en suis pas moins engagé comme tireur envers le preneur et les endosseurs. Pourquoi ? Par l'unique raison que j'ai contracté *meo sub proprio nomine* (Loi du 19 mars 1817).

Chargé par vous d'affréter un navire nécessaire à une expédition de vins, je m'introduis auprès d'un négociant de la place, à la faveur d'une lettre de recommandation que vous m'adressez pour lui. Ce négociant sait donc bien que je n'agis pas pour mon compte. Cependant je traite en mon propre nom ; puis, recevant contre-ordre, je résilie le marché, toujours en mon nom personnel, et je dis au fréteur de se rembourser sur vous de l'indemnité convenue. Si vous ne payez pas la traite que j'ai ordonné de

Digitized by Google

faire, rien ne peut me dispenser de la payer moi-même ; car, bien que vous ne fussiez pas inconnu du négociant qui m'avait frété le navire, c'est avec moi qu'il a traité, c'est ma foi qu'il a suivie, et non la vôtre. En un mot les contrats n'opèrent qu'entre ceux qui contractent : *Personam contrahentium non egrediuntur contractus.*

54. — Ce principe a été trois fois méconnu, et deux fois appliqué par la Cour d'appel de Rennes, dans l'espèce et les circonstances qui suivent.

Les approvisionnements de grains dans la Basse-Bretagne, comme les achats de vins dans certaines contrées, se font par des commissionnaires connus sous la dénomination impropre de *courtiers*. Un sieur Poirrier achetait dans les campagnes des céréales pour un négociant de Tréguier, le sieur Ozou, qui lui remettait des fonds, à charge de justifier de leur emploi. Le prétendu courtier faisait, en son propre nom, des publications pour les achats, traitait avec les vendeurs, aussi en son propre nom ; puis, les grains livrés au lieu convenu, il payait. Le sieur Ozou restait complétement étranger à tous ces agissements ; seulement personne n'ignorait que les grains étaient achetés pour son compte, et versés dans ses greniers ou dans ses navires.

Pendant huit années consécutives, Poirrier avait ainsi opéré, et fidèlement employé les fonds qu'il recevait pour les achats ; mais, quoique sur ces achats, qui ne manquaient pas d'importance, il reçût annuellement un fort droit de commission, on le disait réduit à un état voisin de l'indigence. En 1831 et 1832, quelques vendeurs ne furent pas payés. De là divers procès contre le sieur Ozou qui plaidait, entre autres moyens, et prouvait par ses livres, qu'il était en avance avec Poirrier d'une somme

Digitized by Google

assez considérable, plus que suffisante pour satisfaire à toutes les réclamations.

Le premier arrêt (17 janvier 1832) juge, en fait, que Poirrier n'était que *simple mandataire;* 9 février, autre arrêt et même décision, fondés sur les considérations suivantes : Depuis plusieurs années, Poirrier achetait notoirement pour le sieur Ozou; des témoins déclaraient ne l'avoir considéré que comme mandataire de ce négociant; enfin, vu son indigence connue de tous, il n'était pas vraisemblable qu'on lui eût livré des grains sur sa propre responsabilité.

On doit remarquer que ces arrêts, tout en jugeant que Poirrier était mandataire, n'expriment cependant pas qu'il eût agi au nom du mandant. Il n'avait, en effet, jamais opéré qu'en son propre nom, en achetant comme en payant, et jamais non plus les vendeurs ne s'étaient adressés au sieur Ozou, qui avançait des sommes rondes à son commissionnaire.

Trois autres procès, toujours sur la même question, restaient à juger; il y eut intermittence (1). Deux arrêts consécutifs proclamèrent le véritable principe. La Cour considéra que, les achats faits pour Ozou étant une opération commerciale, le mandat avait dû s'exécuter selon l'usage du commerce, c'est-à-dire, sous le nom du commissionnaire; que loin qu'il fût prouvé que Poirrier n'eût qu'un *simple mandat*, il était constant qu'il faisait en son nom les publications d'achat, recevait des avances et payait les vendeurs avec lesquels le sieur Ozou n'avait jamais aucuns rapports. Qu'importait dès lors la connaissance notoire que les grains étaient achetés pour compte

(1) Les causes du sieur Ozou avaient été distribuées à différentes chambres. Ainsi l'exigeait l'impartialité de la justice.

Digitized by Google

de ce commerçant ? Cette notoriété ne pouvait faire qu'il fût personnellement obligé, quand Poirrier seul avait contracté. La persuasion qu'il agissait comme *simple mandataire* n'était pas nécessairement la seule cause de la confiance qu'il avait inspirée. Cette confiance pouvait encore lui avoir été acquise par la ponctualité avec laquelle il avait tout payé pendant plusieurs années.

Mais un dernier arrêt (27 mars 1832) vint s'interposer entre les deux doctrines. Parmi ceux qui agissent sous leur propre nom pour autrui, il faut, dit la Cour, distinguer l'agent qui présente une responsabilité personnelle, de l'agent qui n'en présente pas. Or, l'indigence de Poirrier étant notoire, il s'ensuit que, dépourvu de toute consistance commerciale, il n'était que le facteur ou commis du sieur Ozou.

On ne doit pas s'étonner de cette contrariété non-seulement dans les décisions, mais dans les motifs. Il en devait être ainsi, dès qu'on ne saisissait pas le vrai principe de la solution. Il était notoire que Poirrier agissait pour Ozou. Quel était l'obligé ? Voilà toute la question. En d'autres termes : qui a contracté ? Dès lors restait à apurer un fait : Poirrier avait-il traité en son propre nom, ou au nom du mandant ? Dans trois des cinq arrêts, on se demande : est-ce un mandat que Poirrier a exécuté, ou bien une commission ? et, par des inductions puisées dans les circonstances, l'on cherche à établir que c'est un mandat. Mais toute commission est un mandat, et le commissionnaire agissant en son propre nom, n'est pas moins un mandataire que celui qui agit au nom de son commettant. La question devait donc être posée autrement. Si, comme on l'a fait dans un des arrêts, l'on se fût demandé dans tous : Comment le mandat d'Ozou a-t-il été exécuté, en son nom ou sous le nom de son com-

Digitized by Google

missionnaire ? Plus de confusion ni d'erreur possibles.

En envisageant l'affaire sous ce point de vue qui est le seul vrai, la Cour ne se serait pas tant préoccupée de la misère de Poirrier, moins réelle peut-être qu'on ne l'a plaidé, puisqu'il est certain qu'il touchait par an une commission de plus de 1,200 fr. « Toute personne peut « contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la « loi » (1123 C. civ.) ; or la loi ne range point la pauvreté au nombre des incapacités de cette espèce : *Ex eo quòd personæ pauperes sunt et viles, non debent dici non idoneæ* (Casareg., Disc. 36, n° 19).

Malgré la divergence de ces décisions, ce n'en est donc pas moins une règle fondamentale, qu'alors même que le commettant est connu, et qu'il est notoire que l'opération se fait pour son compte, le commissionnaire reste seul obligé, quand il contracte en son propre nom.

Autre règle non moins certaine, proclamée par l'un des arrêts : si le mandat a pour objet une affaire commerciale, on le présume convenu et exécuté selon l'usage du commerce, d'après lequel le commissionnaire n'engage que lui seul.

55. — De ce double principe, plusieurs conséquences.

Il s'ensuit d'abord que, tout l'effet du contrat se concentrant entre le tiers et le commissionnaire, ils peuvent s'entre-contraindre à l'exécuter ; mais l'exécution n'en peut être exigée de l'un que par l'autre.

Quand donc, *v. g.*, vous m'avez acheté, par commission de Jacques, 25 caisses de savons, nous ne pouvons pas plus nous dispenser, moi de vous livrer, vous de me payer, que Jacques n'est en droit de me demander livraison, ou que je n'ai celui d'exiger qu'il me paye.

Inutile de m'objecter, inutilement vous objecterais-je

Digitized by Google

votre qualité de mandataire, dont il est avoué ou prouvé que j'avais connaissance. Il suffit que le contrat soit fait en votre nom, pour être, par rapport à moi, complétement étranger au commettant. Si vous refusez livraison, je n'ai nulle action directe contre lui ; par une juste réciprocité, il n'en a point contre moi, si je refuse de livrer : *Personam contrahentium non egrediuntur contractus.* Par conséquent, en cas que Jacques, qui a manqué, ne vous ait pas fait de provision, vous ne m'en payerez pas moins le prix de la vente, sauf à vous en porter créancier dans sa faillite, comme je le suis dans la vôtre pour mes dommages-intérêts sans nul recours contre lui, si vous avez failli avant de vous livrer.

56. — Il est cependant un cas où, postérieurement au contrat, le tiers peut exiger la désignation du commettant, pour s'en faire un moyen contre la demande du commissionnaire : c'est celui où le marché fait par l'agissement d'un autre ne peut subsister sans la justification d'un intérêt en risque. Tels sont les contrats d'assurance et de prêt à la grosse aventure. Mais ce n'est là qu'un cas exceptionnel qui tient à la nature de ces deux contrats aléatoires.

57. — Néanmoins, bien qu'il n'existe aucunes relations contractuelles entre le tiers et le commettant, il peut arriver, dans certaines circonstances, que l'un ne soit pas sans nul recours vers l'autre. Supposez, par exemple, dans la faillite de Pierre, une action par lui acquise d'ordre et pour compte de Salomon, *v. g.*, des billets en portefeuille, ayant pour cause une vente de marchandises; Salomon a droit d'exercer cette action, pourvu qu'il l'exerce du chef de Pierre. A son tour et sous la même con-

Digitized by Google

dition, le tiers a recours contre Salomon, en cas que celui-ci doive à Pierre quelque chose. Mais, dans la double hypothèse, le commettant ou le tiers qui actionne, devient passible de toutes les exceptions que chacun d'eux pourrait, en droit-soi, opposer au commissionnaire, si ce commissionnaire actionnait lui-même.

On voit donc que ces recours du commettant contre le tiers, et du tiers contre le commettant, ne dérivent d'aucune obligation de l'un envers l'autre. Ce sont des actions obliques, fondées sur ce que tout créancier peut exercer les droits de son débiteur, sans qu'il soit besoin que celui-ci cède son action (art. 1166 C. civ.).

58. — Une conséquence notable du principe d'après lequel le commettant innomé n'est compté pour rien dans le contrat fait en exécution de son mandat, c'est que le commissionnaire peut compenser ce qu'il doit personnellement au tiers avec ce que le tiers lui doit pour compte du commettant (V. t. 2, n° 246). Voici l'exemple proposé par Casaregis : « Si Pierre, commerçant, a vendu des « marchandises qui lui étaient consignées, à François « dont il est le débiteur, Pierre peut compenser sa propre « dette avec le prix des marchandises qui appartenaient « au consignant, et, au moyen de cette compensation, « éteindre sa dette envers François : » *Si Petrus mercator esset Francisci debitor eique vendidisset merces alienas penès se existentes, potest Petrus suum debitum proprium cum pretio mercium ad alios spectante compensare, et sic mediante dictâ compensatione, proprium debitum cum Francisco extinguere* (Disc. 125, n° 1). La raison que l'auteur en donne est celle-ci : « Comme le commission- « naire (*mercator*) est réputé le véritable maître du con- « trat, non-seulement il peut recouvrer, mais compenser;

Digitized by Google

« car, relativement au tiers, le mandant est considéré « comme une personne complétement étrangère, encore « bien qu'à l'égard du mandant le commissionnaire ne « cesse pas d'être mandataire » : *Cùm reputetur ille uti verus dominus contractûs, nedùm potest exigere, sed etiàm compensare; nam, respectu habito ad dictum tertium (emptorem) mandans consideratur ut persona penitùs extranea, licèt, respectu ad mandantem, retineat semper figuram mandatarii* (Casareg., Disc. 96, n° 2; Rot. Gen., Decis. 10; Ansald. de Ansald., Disc. 30, n° 32).

59. — Réciproquement, le tiers peut compenser ce que le commissionnaire lui doit avec ce qu'il doit lui-même au commissionnaire, quoique cette dernière dette soit une créance du commettant. Sans nul doute je suis libre d'exercer les droits de Jacques mon commissionnaire; mais, comme il faut, pour cela, que j'agisse de son chef, le tiers n'en conserve pas moins tous les avantages qui lui sont acquis par le contrat qu'il n'a fait, il est vrai, qu'en exécution de mon mandat, mais qu'il a fait en son nom personnel.

L'exercice de mon droit ne peut donc mettre obstacle à la compensation, qu'autant qu'elle n'ait pas déjà été faite en temps opportun, par une convention sans fraude, ou par l'équivalent d'une telle convention entre le tiers et le commissionnaire. Une fois que leur dette réciproque se trouve ainsi éteinte, plus d'action pour Jacques, ni par conséquent pour moi, contre le tiers avec lequel il a compensé : *Quamvis mandatarius cogi possit à mandante ad cedendum sibi actionem contrà tertium qui contraxit cum prædicto ejus mandatario, quâ cessione obtentâ videretur mandantem agere posse contrà tertium, tamen hoc procederet in casu tantùm quo adhuc secuta non fuis-*

Digitized by Google

set prædicta compensatio; secùs compensatione jam perfectâ per quam extincta sine dubio remanet actio. (Casareg., Disc. 76, n° 3; Rot. Gen., Decis. 137, n° 2.)

60. — Cette faculté de se libérer de sa propre dette par la libération du débiteur d'un autre, est particulière au droit commercial. Jamais elle ne fut admise dans le droit civil : *De jure communi non permittitur cum credito alieno proprii debiti compensatio* (Casareg., Disc. 135, n° 1). « Il faut, dit Pothier (*des Oblig.*, n° 594) que la « dette soit due à la personne même qui en oppose la « compensation : *Ejus quod non ei debetur qui convenitur,* « *sed alii, compensatio fieri non potest.* (L. 9, C. *de* « *Compens.*) ». Mais, entre commerçants, l'intérêt du commerce légitime ces sortes de compensations; l'usage en est constant, universel; il se fonde sur la nature même des opérations commerciales : *Ob favorem publici commercii compensatio aliàs de jure denegabilis fuit inter mercatores admissa... super universali stylo et consuetudine mercatorum.*

Quand nous disons que cet usage se fonde sur la nature même des opérations commerciales, c'est qu'en effet, s'il n'en était ainsi, le commissionnaire se verrait dans l'alternative de révéler le nom de celui pour qui il agit, ou de souffrir la compensation prononcée en justice; car le tiers étant censé contracter avec une personne agissant pour son propre compte, et le commissionnaire ne stipuler et ne s'engager que pour lui-même, il est conséquent qu'ils puissent, de part et d'autre, s'opposer la compensation; ils doivent donc aussi pouvoir l'opérer volontairement. Cette faculté est tellement inhérente à celle de contracter sous son propre nom pour autrui, que la dénégation de l'une serait nécessairement la suppression de l'autre.

Digitized by Google

D'ailleurs, comme le fait observer Casaregis, l'intérêt du commerce en souffrirait une grave atteinte ; la première garantie du bon ordre qu'il importe d'y maintenir, c'est une bonne tenue des livres, et la régularité en serait à chaque instant entravée par des passations et des contre-passations d'écritures de tel compte à tel autre compte. Enfin, poursuit l'auteur, le monde commercial lui-même serait dans une perturbation continuelle, si, après des opérations terminées, des comptes arrêtés de bonne foi, il était permis de prétendre que les marchandises vendues, les sommes recouvrées ou payées, les remises faites, ne concernaient pas ceux qui ont vendu, recouvré, payé, ou compensé, mais leurs correspondants ou commettants : *Etenim cùm inter mercatores bonâ fide ac de bono et æquo, omissis legum rigoribus, semper procedendum sit, nimiùm quippè confunderetur bonus mercatorum ordo, et continuò perverti deberent eorum libri vel scripturæ cum immutatione et revocationibus partitarum vulgò* stornare le partite, *et totum commercium ac mundus perturbaretur et sub incertitudine staret, si jus datum esset mercatoribus post solidata bonâ fide inter eos negotia et computa in medium adducere quòd merces vel remissæ non spectabant jure proprietatis ad mercatores, per quos fuerint respectivè venditæ, exactæ vel compensatæ, sed ad suos alios corresponsales mandantes... Si non possent* (*mercatores*) *hujusmodi compensationes facere, adstringerentur... tàm negotia propria quàm alienorum in perniciem modò suam, modò alienam revelare.* Ainsi s'exprime Casaregis dans son langage incorrect, mais énergique ; et, en citant de nombreux monuments de cet usage, il ajoute : *Frequentissimè vidi hujusmodi compensationes inter mercatores fieri.*

Digitized by Google

61. — Nous avons dit que, pour mettre obstacle à l'action d'un commettant qui exerce contre le tiers les droits du commissionnaire, il faut que la compensation ait déjà été opérée entre ceux-ci par l'effet d'une convention expresse ou tacite, et, de plus, en temps opportun, c'est-à-dire, avant la faillite ou la déconfiture du commissionnaire. Cette compensation n'est effectivement pas celle qui, d'après l'art. 1290 du Code civil, « s'opère de plein droit, « par la seule force de la loi, même à l'insu des débi- « teurs. » C'est une compensation *sui generis*, une compensation facultative qui ne s'opère pas *inter dormientes*. Il y faut le fait de l'homme. Elle ne s'accomplit donc que par la volonté mutuelle de ceux qui s'entre-doivent, ou par un fait impliquant cette volonté, ou par le fait du juge qui en tient lieu : par la volonté mutuelle, comme si, dans le marché par lequel Pierre vend, sous son propre nom, une marchandise pour 3,000 fr. à Jacques auquel il doit pareille somme, il est convenu entre eux que les deux dettes sont compensées dès à présent, ou le seront à l'époque où la dette de Pierre sera exigible, au cas où l'échéance n'en est pas encore arrivée ; par un fait impliquant la convention, comme si Pierre débite Jacques de cette somme de 3,000 fr., et que Jacques l'en crédite de son côté : *Compensatio inducitur ipso jure inter mercatores dato hinc indè debiti et crediti concursu* (Casar., Disc. 135, n° 9) ; enfin par le fait du juge, comme si, à une époque où Pierre qui refusait de compenser était encore *boni crediti et nominis*, Jacques a obtenu jugement ordonnant la compensation. Dans cette triple hypothèse, je n'ai nul recours contre Jacques. Mais si Pierre a failli, sans qu'auparavant la compensation ait été faite de l'une de ces trois manières, Jacques n'en peut exciper contre moi, sous le prétexte qu'elle se serait opérée *de plein droit*, *par la*

Digitized by Google

seule force de la loi. Il faudrait qu'il l'eût déjà faite, ou que par la stipulation il eût le droit acquis de la faire.

62. — Cette doctrine n'est pas celle de Casaregis. Il enseigne, au contraire (Disc. 135), que, dans l'espèce proposée, la compensation doit être réputée faite un instant avant la faillite du commissionnaire : *In limine seu momento antè decoctionem Francisci* (le mandataire). C'est pourtant, ajoute l'auteur, une question grave (*notabilis*) que les docteurs n'ont point agitée. Ils ne se sont tous occupés que du cas dans lequel les crédits à compenser appartiennent respectivement à ceux entre qui la compensation s'opère : *Hæc enim quæstio à nemine doctorum fàcta fuit quia..... loquuntur de compensatione ipso jure inductâ inter creditum et debitum hinc indè proprium.* Moi-même, poursuit Casaregis, j'ai laissé jusqu'à présent la question intacte : *Intactamque eamdem quæstionem reliquimus.* Je n'ai donné mon avis en faveur de la compensation, *ad effectum tuendæ compensationis*, que dans l'espèce où les deux débiteurs, dont l'un est créancier pour compte d'autrui, ont compensé en temps opportun, c'est-à-dire dans un temps où l'un et l'autre jouissaient d'un plein crédit : *Tempore habili quo nempè mercatores hinc indè penès mercatorium forum eorum nomen et creditum retinebant.* Mais une chose tout autre est de savoir si, après la faillite du commissionnaire, la compensation a lieu de plein droit, sans le fait antérieur de l'homme, par la seule force de la loi : *Sed, post decoctionem Francisci* (le commissionnaire), *an compensatio ipso jure, absque ullo facto hominis, lege inducta fuerit per momentum antè decoctionem Francisci; quæstio hæc est diversa, et longè ab alterâ distat.* Néanmoins, dit Casaregis, je pense que, dans l'un des cas comme dans l'autre, les mêmes principes doivent faire valider la compensation

Digitized by Google

Verumtamen iisdem juris principiis quibus resoluta fuit prior (quæstio), præsens quoque absolvenda mihi videtur in favorem compensationis. Non que la dette du tiers pour le prix des marchandises à lui vendues par un mandataire à qui elles n'appartenaient pas, soit compensable par la force du droit ; mais elle est susceptible de compensation en vertu de la coutume universelle des commerçants : *Non quià id quod debet Petrus* (le tiers) *Francisco* (le consignataire), *pro pretio mercium ad alios spectantium de jure sit compensabile; sed quià compensabile in vim consuetudinis universalis mercatorum.* Pierre et François auraient pu compenser : *In potentiâ hinc indè debitum et creditum* (*erat*) *compensabile;* pourquoi la loi ne suppléerait-elle point à ce qu'ils ont omis de faire ? *Itâ fieri potuit per legem ipso jure, quià lex tantùm supplet factum vel ministerium hominis.*

63. — Le vice de ce raisonnement se découvre de lui-même ; c'est une pétition de principe. D'ailleurs ce que Casaregis dit en cet endroit ne s'accorde point avec ce qu'il enseigne dans le passage que l'on vient de citer. Mais il n'en est pas moins vrai qu'au temps de Casaregis, l'usage était tel que cet auteur l'atteste. Qui pouvait en être mieux instruit que lui ? Peut-être n'avait-on pas fait alors l'épreuve des fraudes qui pourraient se pratiquer à la faveur d'un pareil usage. Ce qu'il y a de certain, c'est qu'il n'existe point parmi nous. Il n'en faut d'autre preuve que l'art. 575 du Code de commerce, dont le 2e paragraphe porte : « Pourra même être revendiqué le « prix ou la partie du prix desdites marchandises (consi- « gnées au failli pour être vendues) qui n'aura été ni payé, « ni réglé en valeur, ni compensé en compte courant entre « le failli et l'acheteur. » C'est évidemment comme s'il

Digitized by Google

était dit : Entre l'acheteur et le commissionnaire failli, la loi ne reconnaît d'autre compensation que celle qui s'est opérée en compte courant. Donc point entre eux de compensation de plein droit, par la seule force de la loi ; le fait de l'homme est nécessaire.

Nous pensons cependant que la disposition finale de l'art. 575 ne peut point être entendue dans un sens limitatif à la seule compensation par compte courant. Il semble impossible de priver d'effet celle convenue par le marché même, ou prononcée en justice avant la faillite du consignataire. Nous verrons d'ailleurs dans le paragraphe *des comptes courants*, que la compensation peut encore s'opérer par d'autres comptes. Ce qui importe, c'est qu'elle ait été faite de bonne foi dans un temps où les compensants jouissaient de leur nom et de leur crédit commercial.

Digitized by Google

CHAPITRE TROISIÈME.

Des obligations, en général, du commettant envers le commissionnaire.

SOMMAIRE.

64. Les droits que l'exécution régulière du mandat confère au commissionnaire, constituent les obligations du commettant; ces obligations ne sont qu'indirectes; à quoi elles se réduisent en général.

64. — Si l'acceptation du mandat impose au commissionnaire le devoir de l'exécuter et d'en rendre compte, l'exécution régulière du même mandat lui confère aussi des droits qui constituent les obligations du commettant. Mais ces obligations ne sont qu'indirectes. Elles ne naissent pas avec le contrat, comme celle du commissionnaire; elles naissent seulement de l'exécution du contrat, et se réduisent en général :

1° A payer au commissionnaire le droit de commission;

Digitized by Google

2° A le rembourser de ses frais et avances et à l'indemniser des pertes éprouvées par suite du mandat;

3° A le rendre indemne des engagements contractés dans la limite de ses pouvoirs;

4° Enfin, s'il y a plusieurs commettants, tous sont tenus par voie de solidarité.

Digitized by Google

§ I.

DE L'OBLIGATION DE PAYER AU COMMISSIONNAIRE LE DROIT DE COMMISSION.

SOMMAIRE.

65. Du salaire que l'on appelle *simple droit de commission* ou *commission simple;* du salaire dit *droit double de commission, commission del credere, du croire;* différence entre ces deux espèces de droits de commission; pourquoi l'on en traite séparément.

1° *De la commission simple ou du simple droit de commission.*

66. Le salaire est dû *de plano*, et se règle par la convention, par l'usage du lieu de l'exécution du contrat, au besoin par celui du lieu le plus voisin, et, à défaut de tout autre moyen, *arbitrio boni viri.*

67. Il consiste, suivant une pratique universelle, en une somme de tant pour cent sur le montant de l'affaire gérée, et ne s'entend, en général, que de la commission simple. Ordinairement les parties s'expliquent à cet égard; elles peuvent modifier de plusieurs manières la convention de salaire.

68. Lorsqu'on est convenu qu'*on aura égard aux services rendus et qu'on allouera telle récompense qui paraîtra juste*, le droit anglais n'accorde aucune action; c'est une imi-

Digitized by Google

tation mal entendue du droit romain ; la décision anglaise ne peut se justifier; comment l'on jugerait dans notre droit; principe de Pothier.

69. Exemples divers de modifications conditionnelles ou aléatoires dont est susceptible la convention du salaire.

70. Renvoi au deuxième volume pour un cas où la gratuité n'est qu'apparente; autre espèce où l'obligation d'exécuter gratuitement un mandat est la condition sous laquelle on en accepte un salarié.

71. Le salaire est dû quand même l'affaire n'aurait pas réussi au gré du commettant, pourvu qu'on ne puisse imputer au commissionnaire ni dol, ni faute, ni négligence.

72. Le *negotiorum gestor* ne peut réclamer de salaire qu'autant que sa gestion a été utile.

73. Le *negotiorum susceptor* une fois approuvé devient commissionnaire, et il est traité comme tel.

74. Le salaire est gagné dès que les agissements commandés ont été accomplis, bien que le commettant ordonne de nouvelles dispositions; exemple; le nouveau mandat n'est pas rétribué à l'égal du premier, pourquoi.

75. Lorsque l'affaire n'a été faite que partiellement, un salaire est acquis, ou il n'en est dû aucun, suivant que le mandat est resté inaccompli par le dol ou la faute du commissionnaire, ou qu'aucune imputation ne peut lui être faite; au premier cas, nul salaire n'est dû ; au second cas, nul motif de refuser une rétribution proportionnelle ; exemple ; la convention, l'usage, le statut local, ou le juge en règle la quotité.

76. Par parité de raison, même règle, lorsque le commettant révoque son mandat, ou que le commissionnaire y renonce à bon droit; exemple.

77. Cependant, dans le mandat de vendre, la règle générale se modifie ; on doit distinguer le cas où le commettant a sollicité les services du commissionnaire, de celui où le commissionnaire les lui a offerts ; le cas où rien n'a pu être vendu, de celui où la vente n'a pu s'opérer qu'en partie ; examen de chacune de ces distinctions.

78. *Quid juris*, lorsque le commissionnaire a bien exécuté son mandat en partie, et l'a en partie mal exécuté? Lui est-il

Digitized by Google

dû un salaire pour ce qu'il a bien géré, sans qu'il lui en soit dû pour ce qu'il a mal géré, ou bien n'a-t-il droit à aucun salaire? Il faut distinguer : si le mandat était susceptible d'une exécution partielle, il lui est dû un salaire proportionnel; s'il ne pouvait être divisé dans son exécution, il n'est rien dû; exemples qui éclaircissent ces distinctions et ces solutions.

79. Il peut arriver qu'à raison de certaines circonstances on alloue un plus fort droit de commission; exemple; mention d'un parère attestant le taux de la commission en matière litigieuse.

80. Le droit de commission, dit M. Vincens, est ordinairement de 2 p. 100 sur la valeur des achats ou des ventes de marchandises; il faut ajouter : des recouvrements, des autres négociations en général; mais est-ce valeur *nette* ou valeur *brute?* l'auteur ne s'en explique pas; suivant l'usage, la commission se prend sur le montant brut des négociations; raison de cet usage; mais, le droit une fois prélevé sur le produit brut d'une vente, il n'en est dû aucun autre sur le montant des frais : pourquoi; *secùs* du commissionnaire pour acheter; au montant de l'achat il ajoute les déboursés postérieurs, pour percevoir sa commission; raison de cette différence.

81. Lorsque le commissionnaire délègue ses pouvoirs, même avec autorisation, la commission du délégué doit ou ne doit pas être prise sur celle du déléguant, selon que la délégation est volontaire ou forcée; jugement du tribunal de Marseille bien rendu, mal motivé.

82. Le salaire de commission ne s'acquiert pas par jour; en général, il n'est acquis que lorsque l'opération ou une partie de l'opération est consommée par un payement effectué ou reçu; exemple.

2° *De la commission* del credere.

83. La commission *del credere*, *pretium periculi*, est une prime pour laquelle le commissionnaire se charge de l'insolvabilité du débiteur; ce que l'on appelle *commission double.*

Digitized by Google

84. La convention *del credere* est laissée sous l'empire de l'usage ; son utilité ; elle mérite examen.

85. Le principe de cette convention existe dans le droit romain; les autres peuples l'ont empruntée à l'Italie ; le *del credere* fut d'abord appliqué aux opérations d'argent, et se combinait aussi avec le prêt; les anciens auteurs l'appellent *fidejussio*, *sponsio* ; sens qu'ils attachent à ces expressions.

86. Le commerce a fait du cautionnement un contrat mercantile ; comment s'est introduit le contrat d'assurance.

87. Définition de la convention *del credere;* elle se justifie par la tradition et la pratique du commerce ; autorités tirées de Straccha, de Casaregis, de Savary, du droit anglais, du Code espagnol; jugement du tribunal de Marseille, qui se fonde sur l'usage pour caractériser l'effet du *del credere.*

88. Résumé : le *del credere* est une assurance ; il en renferme tous les éléments ; le commerce a substitué au cautionnement un autre contrat; il n'a pas admis la discussion de biens, inconciliable avec l'assurance et la nécessité de rentrées fixes.

89. La convention *del credere* n'est pas accessoire à l'obligation qui existe entre le commettant et le débiteur ; preuve de la proposition ; nulle objection à tirer de ce que celui qui exécute l'ordre et celui qui garantit le produit de la négociation sont une seule et même personne ; le *del credere* ne peut être assimilé à la fidéjussion.

90. Ce n'est qu'en traitant le *del credere* comme une assurance que l'on peut en saisir le véritable caractère, et rendre raison de ses divers effets.

91. Comment M. Locré explique l'obligation personnelle du commissionnaire demeurant *du croire.*

92. L'explication de l'auteur est arbitraire, erronée, contraire à la loi, insuffisante ; preuve, et développement de cette proposition.

93. Nécessité de cette discussion pour confirmer le principe que le *del credere* ne change pas les rapports de commettant et de commissionnaire ; espèce tirée de la *Gazette du Commerce* de 1765.

Digitized by Google

94. Un commissionnaire n'est pas tenu de faire les derniers bons, à moins d'une convention ou d'un usage contraire; statut local de Guernesey; règlement de Henri III de 1586; aujourd'hui le *del credere* ne peut résulter que d'une convention; la preuve en peut être faite par témoins.

95. Quand la convention est explicite, point de difficulté; mais quand elle est implicite, il est moins facile d'apprécier la volonté des contractants; exemples divers.

96. Savary enseigne que la commission *del credere* est due, quet la marchandise se vende au comptant ou à terme; ce usage, s'il a existé et s'il existe encore, est abusif.

97. Peut-on, en conscience, garantir à prix d'argent la solvabilité d'un débiteur, lorsqu'il n'y a aucun risque imminent? Une telle assurance se justifie en équité comme en droit; passage de Scaccia; application du principe.

98. Lorsque le débiteur escompte, le commettant est libre, dit M. Pardessus, ou de recevoir le produit de l'opération, escompte déduit, ou d'attendre l'échéance, l'escompte étant laissé à la charge du commissionnaire; observation de M. Dalloz sur ce passage de l'auteur précité; en quoi cette observation n'est pas exacte; on ne peut ni admettre la doctrine de M. Pardessus, ni reconnaître l'usage sur lequel il se fonde; preuve de l'assertion.

65. — Dans le commerce, rien pour rien (V. t. 2, n° 67); tout service est payable. Stipulé ou non, un salaire est donc dû.

C'est ce salaire que l'on appelle simple droit de commission, ou plus brièvement, *commission simple*. Il est la récompense du travail, d'une exécution vigilante et fidèle de l'ordre accepté. La commission simple n'emporte point d'autres obligations. Si donc les personnes avec lesquelles le commissionnrire a traité, passaient notoirement pour solvables au temps de la négociation, il ne répond pas plus de leur insolvabilité que des événements quel-

Digitized by Google

conques qui font obstacle au recouvrement. Dans les opérations à terme, le simple droit de commission n'acquiert donc pas au commettant une pleine et entière sécurité ; car tel peut être solvable aujourd'hui, qui ne le sera peut-être pas au bout de quelques jours : *Mercatores interdùm videntur divites et reverà sunt pauperes* (Casaregis, Disc. 76, n° 7). Ainsi, quelles que soient l'aptitude et la probité du commissionnaire, celui qui l'a commis sera toujours plus ou moins en risque de n'être point payé ou de ne l'être pas en totalité, ou d'éprouver des retards dans le payement. De cette inquiétude est née la stipulation par laquelle, moyennant une prime indépendante de la commission simple, le commissionnaire prend sur lui les risques de l'insolvabilité des débiteurs, et promet que le créancier sera ponctuellement payé ; cette prime est dite *droit double de commission*, *commission* del credere, *du croire.*

On connaît donc deux espèces de droits de commission : la commission simple et la commission *del credere.* Comme elles n'ont ni la même origine, ni le même objet, il y a nécessité de les considérer séparément.

1° De la commission simple ou du simple droit de commission.

66. — Le salaire étant de la nature du contrat, par conséquent dû *de plano*, si les parties n'en ont d'avance fixé le *quantùm*, on le règle sur l'usage du lieu où le contrat s'est exécuté (V. t. 2, n° 73; C. esp., art. 137; Paley, p. 89); au besoin, sur l'usage du lieu le plus voisin, et, pour dernière ressource, *arbitrio boni viri.*

67. — Suivant une pratique universellement reçue, le salaire consiste en une somme calculée à tant pour cent,

Digitized by Google

sur le montant de l'affaire commise et gérée ; et ce salaire ne s'entend que de la commission simple, nul ne pouvant, sans convention, percevoir le *del credere*, ni être soumis à la responsabilité qui en résulte. Telle est du moins la coutume la plus généralement observée ; car il est certaines localités où, dans le silence du contrat, le commissionnaire reste *du croire* en vertu du statut ou d'un usage particulier qui fixe en bloc le *quantùm* des deux commissions. Mais le cas est rare et purement exceptionnel.

Au reste, les contractants ne s'en rapportent ordinairement pas à l'usage. De quelle espèce et de combien sera la commission ? Quand et comment le commissionnaire en sera-t-il payé ? Ce sont là des détails le plus souvent réglés d'avance par la stipulation. Mais ils ne le sont pas toujours. D'ailleurs, la convention sur le salaire pouvant comprendre tout pacte qui ne blesse ni les mœurs, ni les lois d'ordre public, elle peut se modifier de beaucoup de manières, et nous devons la considérer dans les principales modifications dont elle est susceptible.

68. — « Lorsqu'une personne agit pour une autre, dit « Paley, p. 88, et qu'il est convenu *qu'on aura égard à « ses services et qu'on lui allouera telle récompense qui « paraîtra juste*, aucune récompense ne peut être judi- « ciairement demandée, parce qu'on a laissé le commet- « tant libre de décider si une récompense est due ou n'est « pas due (1). »

(1) Where a person performed work for a committee, under a resolution intered into by them « *that any service to be rendered by him « should be taken into consideration, and such remuneration be made as « should be deemed right,* » it was held, that an action would not lie to recover a recompense for such work, the resolution importing, that the committee were to judge whether any remuneration was due.

Digitized by Google

Cette doctrine anglaise n'est qu'une imitation maladroite et mal entendue de la loi 56, § 3, D., *Mand.*, laquelle décide que la promesse d'un salaire indéterminé ne donne lieu ni à l'action ordinaire du mandat, ni même à l'action prétorienne : *Salarium incertæ pollicitationis neque extrà ordinem rectè petitur, neque judicio mandati ut salarium tibi constituat.* Rien de plus conforme aux principes du droit romain. La gratuité du mandat étant de son essence, elle en excluait évidemment toute convention de salaire : *Nam, constitutâ mercede, incipit locatio-conductio esse.* Seulement, après l'exécution du mandat, celui qui l'avait donné pouvait promettre une rémunération, une marque de reconnaissance à celui qui l'avait exécuté : *Salarii pollicitatio non repugnat naturæ mandati, quamvis gratuitum esse debeat, si modò ab initio de salario non convenerit, sed post impletum mandatum animo remunerandi constitutum sit* (Faber, *Ration.*, t. 5, p. 108, col. 1). Mais il fallait nécessairement que la promesse fût d'une chose certaine et déterminée. Ainsi l'exigeait un principe absolu : *Incertitudo vitiat quamlibet pollicitationem et promissionem etiam dotis quæ tamen omnium favorabilissima est* (Faber, *ubi sup.*). En second lieu, quelle autre base possible de l'évaluation de la promesse à prix d'argent, si ce n'est l'appréciation du travail lui-même? Or, récompenser le mandataire *pro modo laboris*, c'eût été introduire *ex post facto*, dans la convention de mandat, un salaire qui répugnait à son essence.

Mais, sous la coutume anglaise qui, comme notre législation, reconnaît le mandat salarié, et le reconnaît salarié de plein droit en matière commerciale, il n'est pas aussi facile de justifier la décision de Paley. D'ailleurs les termes dans lesquels il pose la question ne semblent pas

Digitized by Google

impliquer l'induction qu'il en tire, à savoir que le « commettant est laissé libre de décider si une récompense « est ou n'est pas due. » Chez nous, le juge en déciderait soit sur un rapport d'experts, soit *arbitrio boni viri.* Lorsqu'en acceptant un mandat je remets au commettant l'appréciation de mon travail, l'équité ne permet pas qu'il abuse de cette marque de ma confiance en sa loyauté, pour me priver arbitrairement d'un salaire proportionné à l'utilité de ma gestion.

En un mot, tout mandat de commission emportant de droit la promesse d'une récompense pécuniaire, à moins d'une convention qui l'exclue expressément, quand les parties ne l'ont pas déterminée d'avance, la fixation s'en fait d'après un principe que Pothier exprime en ces termes : « Il n'est pas nécessaire que la quantité qui fait « l'objet de l'obligation soit actuellement déterminée, « lorsque l'obligation est contractée, pourvu qu'elle soit « déterminable. Par exemple, si quelqu'un s'est obligé « de m'indemniser des dommages et intérêts que j'ai « soufferts, ou que je pourrai souffrir en une telle occa- « sion, l'obligation est valable, quoique la somme d'ar- « gent à laquelle ils montent ne soit point encore déter- « minée, parce qu'elle est déterminable par l'estimation « qui s'en fera » (*des Oblig.*, n° 131). Ce que Pothier dit ici des dommages et intérêts s'adapte évidemment à l'espèce d'un mandat salarié, le travail pouvant s'estimer tout aussi facilement que le préjudice. Elle est donc très-valide, la clause-condition par laquelle la fixation du salaire est déférée à l'arbitrage, *v. g.*, d'un ami commun, du président ou d'un juge de tel ou tel tribunal, de telles ou telles personnes nommées ou suffisamment désignées.

69. — Du reste, le salaire peut être stipulé sous tou-

Digitized by Google

tes les modifications conditionnelles ou aléatoires dont les autres obligations contractuelles sont légalement susceptibles. Nous pouvons donc valablement convenir, par exemple, qu'aucune commission ne sera due, ou qu'il ne sera dû que demi-droit de commission, si vous n'avez vendu mes vins nantais tel prix, avant l'arrivée en votre port des premiers vins de la prochaine récolte de Redon. Une convention très-légitime encore, c'est lorsqu'il est dit que le commissionnaire ne pourra vendre ou acheter qu'à un taux fixé, et que, s'il vend à un plus haut prix ou achète à un moindre, la différence lui appartiendra pour tout salaire. Il en est de même quand je stipule que la commission ne sera due qu'en cas de succès, *v. g.*, d'un bénéfice net de 10 p. 100 sur mes graines de lin, au delà de leur facture d'achat. Si l'affaire réussit dans les limites convenues, le salaire est acquis ; si elle ne réussit pas, c'est comme si, *ab initio*, vous vous fussiez chargé d'un mandat gratuit.

Ces diverses stipulations aléatoires ou conditionnelles et autres semblables, ne dénaturent point le contrat ; elles n'en font ni une société, car nulle société sans intention de s'associer ; ni une préposition, parce que l'objet du mandat est spécial et individuel (V. t. 2, n° 24).

70. — On a aussi vu (*ibid,* n° 69) que, si deux commerçants conviennent de faire réciproquement des affaires l'un pour l'autre sans droit de commission, *v. g.*, Jacques d'encaisser pour Pierre et de lui remettre gratuitement, *et vice versâ*, cette gratuité de services n'a rien que d'apparent, la mutuelle exemption de payer un salaire étant une compensation à forfait de celui qu'on ne perçoit pas. L'observation n'est pas indifférente, puisque

Digitized by Google

la responsabilité s'applique plus ou moins rigoureusement, selon que le mandat est gratuit ou salarié.

Or il est un autre cas dans lequel la gratuité n'est encore qu'apparente : c'est lorsque l'obligation d'exécuter gratuitement un mandat est la condition sous laquelle on en accepte un salarié. Alors tous deux sont réputés l'être, ou plutôt le sont réellement, et emportent la même responsabilité.

Un commerçant qui avait, sur une place où il n'habitait pas, des fruits secs et un parti de sucres, donna ordre de les vendre, à la commission d'usage quant aux fruits, mais sans commission pour les sucres qui, disait-il, lui étaient déjà fort onéreux. Au surplus, il résultait de la correspondance que ce commerçant entendait commettre les deux ventes à une même personne, aux clauses-conditions que l'on vient de rapporter. Les fruits vendus furent bien payés ; mais il en fut autrement des sucres. De là une question de responsabilité dont il s'agissait d'apprécier l'étendue. Entre autres moyens de défense, le commissionnaire, invoquant l'art. 1992 du Code civil, disait que la responsabilité ne devait pas lui être appliquée aussi rigoureusement que s'il se fût agi d'un mandat salarié. La gratuité n'est qu'apparente, répondait le commettant ; sans elle vous n'eussiez pas eu la commission lucrative dont le salaire comprend celui de l'autre. La décision en ce sens est aussi bonne en droit qu'en équité. Les deux ventes étant liées par l'intention du commettant, elles n'en faisaient qu'une, objet d'un même contrat (V. t. 2, n° 233).

71. — On s'accorde à reconnaître qu'un salaire est dû alors même que l'affaire n'a pas réussi au gré du commettant, pourvu qu'il ne puisse reprocher au commis-

Digitized by Google

sionnaire ni dol, ni faute, ni négligence. C'est une déduction naturelle du principe d'équité que consacre l'article 1999 du Code civil. En effet, quel que soit le succès de l'opération, le commissionnaire irréprochable a droit à ses avances et débours. Or la même faveur ne saurait être justement refusée au prix du travail. Dès qu'il est gagné, c'est aussi une avance. On l'accorde à l'avocat et au médecin pour leurs honoraires, à l'avoué pour ses émoluments, au receveur pour ses peines et soins. Où serait le motif d'en user différemment à l'égard d'un commerçant ?

72. — Quant au *negotiorum gestor*, sa position est autre : indemnisé de ses dépenses, alors seulement que sa gestion a été utile, il ne peut réclamer un salaire qu'à la même condition. Les causes de cette différence sont expliquées t. 2, nos 105 et suiv.

73. — Pour ce qui est du *negotiorum susceptor* une fois approuvé, il devient un commissionnaire *ordine verso;* dès lors il est traité comme tel, et jouit des mêmes avantages (V. *ibid.*, nos 133 et suiv.).

74. — On reconnaît également que le salaire est gagné dès que les agissements commandés ont été accomplis, malgré les nouvelles dispositions que le commettant ordonnerait relativement à l'affaire pour laquelle il avait donné le mandat. Ainsi, lorsque, en exécution de votre ordre, j'ai acheté des marchandises, affrété un navire, opéré l'embarquement, ma commission m'est irrévocablement acquise, encore bien que vous me donniez le contre-ordre de vendre la cargaison sur place et de résilier l'affrétement. Ce contre-ordre n'est pas une modification du mandat ; c'est un nouveau mandat qui,

Digitized by Google

m'imposant un nouveau travail et une nouvelle responsabilité, produira aussi un nouveau droit de commission ; seulement, comme de pareils contre-ordres ne sont presque jamais donnés que dans des circonstances inattendues et malheureuses, les parties conviennent ordinairement d'une réduction sur le second salaire. En principe, à défaut de convention, le droit serait dû d'après l'usage, qui varie selon les localités. Ordinairement quand l'ordre est modifié comme dans l'espèce, l'on n'accorde qu'un demi-droit sur les marchandises qui ont déjà payé un droit entier au même commissionnaire ; et c'est encore un demi-droit qui est ordinairement accordé sur des marchandises achetées avec le produit d'autres articles qui ont déjà supporté une commission entière.

75. — Lorsque l'affaire commise n'a été faite que partiellement, un salaire est acquis, ou il n'en est dû aucun, selon que le mandat est resté inaccompli par le dol ou la faute du commissionnaire, ou qu'aucune imputation de ce genre ne saurait lui être faite.

Au premier cas, il est évident que je ne puis devoir un salaire à celui dont je suis obligé de révoquer les pouvoirs ou d'interrompre la gestion, soit qu'il trahisse mes intérêts méchamment et à dessein, soit qu'il les compromette par son inaptitude ou sa négligence : *Dolo malo versanti, dolosè vel culpabiliter malè gerenti, salarium quamlibèt conventum vel lege delatum non debetur* (Godef., Tract. *de salario*). Loin de là, c'est lui-même qui est tenu du préjudice qu'il me cause.

Dans le second cas, il n'existe, en général, aucun motif de refuser au commissionnaire qui n'a pu remplir entièrement le mandat, une rétribution proportionnée à l'importance de ce qu'il en a accompli. Si donc, après

Digitized by Google

avoir inutilement tenté de faire couvrir sur une évaluation de 100,000 fr. et à la prime de 20 p. 100, le risque de votre navire perdu ou non perdu, je n'ai pu le faire assurer, vu les circonstances et les nouvelles fâcheuses, qu'à concurrence de 70,000 fr., je n'en ai pas moins droit à un salaire calculé sur cette dernière somme. Il en est ainsi de toutes opérations analogues, *v. g.*, de celle d'un emprunt, d'un cautionnement à donner ou à obtenir, etc. Dans ces sortes de négociations, un salaire est dû en principe. La quotité en est réglée ou par la convention, ce qui est assez rare, ou pour l'usage, ce qui est plus fréquent, quelquefois par le statut local. A défaut, le juge en décide.

76. — Par parité de raison, les règles sont les mêmes lorsque le commettant révoque son mandat, ou que le commissionnaire y renonce à bon droit. Un courtier chargé d'un affrétement, mais révoqué avant la négociation terminée, réclamait la commission ordinaire de 2 p. 100. La Cour d'appel de Bordeaux (D. P., 1832, 2, 172), jugea que la commission entière ne lui était pas due; mais il fut dit qu'il avait droit à une indemnité, *pro modo laboris*. La décision n'aurait pas été différente dans l'espèce d'un commissionnaire, parce que le commissionnaire, pas plus que le courtier, ne doit gratuitement ni ses soins ni sa peine à personne.

77. — Cependant, si le mandat est de vendre, la règle générale se modifie. Il faut d'abord distinguer le cas où le commettant a sollicité, *proprio motu*, les services du commissionnaire, du cas où le commissionnaire les lui a offerts, sans sollicitations; puis celui où rien n'a pu être vendu, de celui où la vente n'a pu s'opérer qu'en partie.

Dans l'espèce d'une consignation spontanée de mar-

Digitized by Google

chandises que le commettant retire parce que le commissionnaire n'a pu en trouver la défaite, il est certain que celui-ci a droit à une indemnité, non pas, il est vrai, à cause de la vente, puisqu'elle n'a pas été faite, mais pour avoir tenté de la faire, et en même temps pour les soins donnés à la réception et à la garde des objets consignés. L'indemnité ne serait contestable que si, avant d'expédier, le consignant avait demandé des renseignements pour sa gouverne, et que le consignataire lui en eût sciemment ou témérairement transmis de nature à l'induire en erreur. « D'ailleurs, dit M. Vincens (t. 2, p. 133), celui « qui a consenti à faire des avances, qui, quelquefois, a « emprunté lui-même pour prêter, n'a agi que sur l'es- « poir du profit de la commission, et ne doit pas en être « privé. On stipule fréquemment à l'avance que le droit « entier sera payé; en certains pays l'usage est de se « contenter d'un demi-droit pour *vente tentée.* » Les mêmes règles doivent être suivies quand il y a eu vente d'une partie seulement des marchandises : le droit entier est acquis sur ce que le commissionnaire a vendu, et le demi-droit seulement sur ce qu'il n'a pu vendre, à moins de convention contraire, ou d'un usage différent dans le lieu de la consignation.

Mais souvent, le plus souvent même, la marchandise n'est envoyée à la vente que sur les sollicitations du commissionnaire, et l'espoir qu'il donne d'un écoulement prochain et avantageux. Si la commission ne lui a été promise que sur les placements qu'il opérera, sans convention pour le cas où il ne pourrait vendre, le commettant, déjà en perte par les fausses conjectures de son correspondant, ne doit aucune indemnité à des soins dont il ne retire aucun avantage. Il obtiendrait même des dommages et intérêts si les sollicitations qui l'ont trompé portaient évi-

Digitized by Google

demment l'empreinte de l'impéritie ou d'une imprudence grave, à plus forte raison, d'un esprit de cupidité. Mais, à part ces derniers cas, bien qu'aucune rétribution ne soit due au commissionnaire pour un placement qu'il n'a pas opéré, l'équité ne permet pas de lui refuser les frais de magasinage, de conservation et de bénéficiement des marchandises. Sa commission lui serait même due, si leur vice propre avait seul fait obstacle à la vente.

78. — Mais *quid juris* lorsque, n'ayant trouvé aucun empêchement à l'exécution complète et régulière du mandat, le commissionnaire l'a bien exécuté en partie, et en partie mal exécuté? Lui doit-on un salaire pour ce qu'il a bien géré, sans lui rien devoir pour ce qu'il a mal géré, ou bien n'a-t-il droit à aucun salaire?

Il faut encore distinguer : ou le mandat était susceptible d'une exécution partielle, ou il ne pouvait être divisé dans son exécution (V. t. 2, n° 285). Au premier cas, il est dû un salaire proportionnel, et, dans le second, il n'est rien dû.

Par exemple, chargé d'acheter pour votre compte 300 sacs de sucre de telle qualité, ou de telle provenance, livrables en trois termes égaux de mois en mois et par quantités égales, j'exécute fidèlement les deux premières livraisons; puis je manque à la troisième, sans excuse. Le salaire ne m'en est pas moins dû sur les deux autres, sauf vos dommages-intérêts pour ce qui concerne la dernière. En effet, bien que la commission fût une, elle était pourtant si bien divisible dans son exécution, que notre contrat même l'avait divisée par époques et quantités. Si l'une des parties n'a pas été exécutée (ou si elle l'eût été mal, *v. g.* par un envoi *post diem*), les deux autres l'ont été convenablement. A moi, sans nul doute, de réparer

Digitized by Google

le préjudice, s'il y en a, que pourra vous causer l'inexécution de la troisième. Mais il serait injuste de me priver du salaire afférent aux deux précédentes, à l'occasion desquelles vous n'avez souffert aucun dommage. Ce salaire m'était acquis le jour des deux exécutions partielles que l'inexécution de la troisième ne peut rétroactivement anéantir.

Mais j'ai acheté votre commande conformément à vos ordres, dont je m'écarte seulement dans l'expédition, *v. g.*, en ne chargeant pas à temps, ce qui occasionne la perte ou l'avarie des marchandises. Voilà une espèce bien différente de l'autre. Dans celle-là un mandat unique dont l'exécution se divise; dans celle-ci, deux ordres, il est vrai, mais deux ordres ayant pour objet une seule et même opération, et, par suite, tellement liés entre eux que, si l'un est mal exécuté, la bonne exécution de l'autre tourne nécessairement à préjudice. Que vous importe, en effet, qu'on ait bien acheté des marchandises perdues ensuite par leur mauvaise expédition ? Mieux aurait valu ne rien faire. En un mot, le mandat de cette espèce n'est jamais bien exécuté, qu'il ne le soit également bien dans toutes ses parties. Faillir à l'une de ses prescriptions, c'est donc faillir à toutes; par conséquent point de commission, et obligation pour le commissionnaire de réparer le préjudice.

79. — On a dit, n° 66, que le taux de la commission est réglé par la convention ou par l'usage, suivant la nature de l'opération. Mais il peut arriver qu'à raison de certaines circonstances, il y ait lieu à l'allocation d'un plus fort droit. La convention des parties et, à défaut, l'usage servent de règle. Par exemple, l'on accorde ordinairement à un armateur, ou à un commissionnaire chargé

Digitized by Google

d'opérer la vente d'une cargaison et les recouvrements du produit, une commission de 2 p. 100 (nous verrons tout à l'heure comment et sur quoi elle se calcule). Mais s'il faut, pour cet effet, suivre des procès nés sans sa faute, obtenir des jugements, se livrer à une correspondance et à des démarches plus ou moins dispendieuses, il est juste que le commissionnaire soit indemnisé de ce surcroît de travail et de responsabilité. Dans l'usage, on lui alloue à forfait 5 p. 100 sur toutes les valeurs contentieuses qui rentrent ou doivent rentrer en ses mains. Cet usage est constaté par le tribunal de commerce de Marseille qui, sur la foi d'un parère signé d'une foule de notables négociants, reconnaît qu'en général la commission en matière litigieuse est établie à 5 p. 100 (V. *Jurisp. de Marseille*, t. 9, p. 308).

80. — « Le droit de commission, appelé aussi *provi-* « *sion*, dit encore M. Vincens, *ubi sup.*, pag. 142, est « ordinairement de 2 p. 100 sur la valeur des achats ou « des ventes de marchandises » (nous devons ajouter : et, en général, des recouvrements et de la plupart des autres négociations). Mais est-ce sur la valeur *nette*, ou bien sur la valeur *brute* de l'opération, c'est-à-dire en y comprenant, ou bien en en défalquant les frais qui l'ont précédée ou suivie ? Voilà sur quoi l'auteur ne s'explique point, et la question n'est pourtant pas sans importance.

Or il est d'usage que la commission se prenne sur le montant brut des négociations, et cela est fondé en raison. En effet, si l'on en déduisait préalablement tous les frais et autres dépenses, il pourrait arriver que les capitaux fussent absorbés au point d'annihiler le droit, ou de le réduire à presque rien, en sorte que le travail resterait

Digitized by Google

sans récompense, ce qui répugne à la nature du contrat. Du reste la jurisprudence est, en ce point, d'accord avec la pratique du commerce (V. un jug. du trib. de comm. de Bordeaux, du 20 nov. 1826, *Biblioth. du comm.*, t. 3, p. 459). Il s'agissait, dans cette affaire, d'un recouvrement de 800,000 fr. !

Mais, le droit une fois prélevé sur le produit brut d'une vente, il n'en est dû aucun autre sur le montant des frais (c'est une question qui s'est présentée au tribunal de commerce de Rennes dans le courant de février 1835). En effet, les frais accroissent le prix des objets. Ainsi des marchandises qui valaient 20,000 fr. à leur départ de France, et pour lesquelles le consignataire de la Guadeloupe aura dépensé 5,000 fr. en acquit du fret, des droits de douane, etc., reviendront dans ses magasins à 25,000 fr. Qu'il les vende sans perte comme sans bénéfice pour l'expéditeur, c'est sur cette dernière somme qu'il percevra sa commission. Or cette somme comprend, outre la valeur première des marchandises, le montant des frais. La commission se trouve donc dans celle qu'il perçoit sur le produit de la vente ; une seconde allocation serait évidemment un double emploi par l'effet duquel le propriétaire payerait une commission sur 30,000 fr. pour des marchandises qui n'en auraient produit que 25,000.

Vainement objecterait-on la possibilité que le produit de la vente de ces marchandises n'atteigne même pas le chiffre qui en exprimait la valeur à leur départ, et qu'alors, en percevant une commission sur ce produit, le commissionnaire n'en perçoit réellement aucune sur le montant de ses frais. Un consignataire de marchandises à la vente doit, comme le consignateur, courir les chances d'un placement à des prix plus ou moins avantageux, avec cette différence toutefois que le premier n'est exposé

Digitized by Google

qu'à voir réduire sa commission, tandis qu'une baisse dans les prix réduit le capital même de l'autre. Il y aurait donc injustice à lui faire payer au commissionnaire un second droit sur le montant des frais.

Il en est autrement du commissionnaire pour acheter. Les frais qu'il débourse postérieurement à l'achat ajoutent, il est vrai, à la valeur première de la marchandise ; mais, à la différence du commissionnaire vendeur, il n'a pas la chance de réaliser plus tard une commission plus forte par suite d'une hausse dans les prix. Si donc il ne prélève immédiatement une commission sur ses frais, les soins donnés à l'emballage, à l'assurance, à l'expédition, etc., des marchandises ne seront pas rétribués, puisqu'il n'aura touché que le montant exact de ses déboursés. Cela ne paraît ni juste, ni même favorable au but que tout commettant se propose. Par rapport à lui, la condition des deux commissionnaires est très-différente. Plus l'un vendra cher, plus sa commission sera forte ; celle de l'autre, au contraire, sera d'autant plus faible qu'il aura acheté à plus bas prix. Serait-il d'un usage bien entendu de mettre ainsi la fidélité des commissionnaires aux prises avec leurs intérêts personnels, par l'opposition de ces mêmes intérêts à ceux du commettant ?

81. — Lorsque le commissionnaire délègue ses pouvoirs, même avec autorisation, la commission du délégué doit ou ne doit pas être prise sur celle du déléguant, selon que la délégation est volontaire ou forcée.

Si la substitution a été volontaire, le substitué n'ayant fait que ce que le substituant devait ou pouvait faire lui-même, il est certain que le commettant ne peut être grevé d'une double commission. C'est au commissionnaire de payer son remplacant. Ainsi jugé encore par le juge-

Digitized by Google

ment du tribunal de commerce de Bordeaux, indiqué ci-dessus, n° 80.

Mais quand la substitution était commandée, soit par la nature même de l'opération, soit par le cas fortuit, ou par le cas insolite, la commission du substitué est due par le commettant, qui n'en doit pas moins celle du commissionnaire ; l'espèce s'est présentée au tribunal de Marseille.

Dix pour cent sur la vente d'une pacotille et sur l'achat du retour avaient été contractuellement promis à un capitaine de navire *pour tous frais*, portait la convention. Un cas fortuit l'ayant forcé de déléguer son mandat, il soutenait que la commission du substitué était due par le commettant, qui prétendit ne rien devoir au delà des 10 pour 100 : « Attendu, dit le tribunal, qu'il n'a pas été contesté « que les lois de la Havane obligent les capitaines étran- « gers à se consigner à un négociant du lieu ; que dès « lors on doit regarder la commission qu'on paye au con- « signataire comme une dépense occasionnée par le « mandat, et dont le mandataire doit être remboursé aux « termes de l'art. 1999 du Code civil. »

Ce jugement est bien rendu, mais mal motivé. Le mandat du capitaine ne lui conférait pas le pouvoir de se substituer quelqu'un, et cependant le juge semble partir de cette fausse supposition. Si le substitué avait dissipé le produit de la vente, et qu'on eût fait à la cause application du Code civil, le substituant répondait de tout (V. t. 2, n° 196). Ce qui fait que le capitaine pouvait, suivant Casaregis, devait même, selon nous, déléguer son mandat, ce n'est pas l'art. 1999 du Code civil ; c'est, comme nous l'avons dit t. 2, n°s 197 et 258, l'évidente et alternative nécessité de recourir à une substitution, ou de laisser périr la marchandise qui, perdant déjà 20 pour 100, ne pouvait plus, sans une perte totale, supporter un nouveau fret,

Digitized by Google

une nouvelle assurance, de nouveaux droits, en un mot, tous les frais d'une réexpédition pour le lieu de leur départ.

82. — Enfin, le salaire de commission ne s'acqueirt point par jour. En général, il n'est acquis que lorsque l'opération ou une partie de l'opération est consommée par un payement effectué ou reçu en conséquence de l'agissement commandé. Si donc, par exemple, je vends aujourd'hui vos marchandises 20,000 fr., payables par échéances égales de six mois en six mois, la commission ne me sera acquise que sur chacun des versements et à leur époque respective.

2° De la convention *del credere.*

83. — La commission simple, avons-nous dit n° 65, est le salaire du travail, *merces laboris ;* la commission *del credere,* le prix d'un risque, *pretium periculi ;* c'est-à-dire une prime pour laquelle, se chargeant de l'éventuelle insolvabilité des tiers avec lesquels il traitera, le commissionnaire se porte fort non-seulement que celui dont il aura géré le mandat sera payé de sa créance tout entière, mais, en outre, que le payement lui en sera fait à point nommé. Ainsi le salaire et cette prime sont choses très-différentes, et pourtant, quand ils coexistent entre le commettant et le commissionnaire, leur ensemble est ce qu'on appelle la *commission double.*

84. — Le législateur n'a réglé ni la forme, ni les effets de la convention *del credere.* Il l'a laissée telle que l'usage l'a faite. Pratiquée journellement, praticable dans presque toutes les espèces du contrat de commission, elle est au commerce de terre de la même utilité que l'assurance au

Digitized by Google

commerce maritime. Nous devons donc l'examiner avec d'autant plus de soin, qu'on n'en trouve nulle part une définition correcte, et l'on sait les inconvénients graves d'un contrat mal défini.

85. — Le principe de la convention *del credere* existe dans le droit romain. On y voit une stipulation par laquelle le créancier se fait garantir la rentrée de sa créance soit contre l'insolvabilité totale ou partielle du débiteur, soit contre le retard du payement (1). Cette stipulation distincte de la solidarité, de la fidéjussion proprement dite, se présente avec un caractère conditionnel. Le garant ne s'oblige que sous la condition : *Si debitum à Titio servari non poterit.* Les interprètes modernes l'appellent *fidejussio indemnitatis.*

En Italie, où les traditions du droit romain paraissent ne s'être jamais entièrement effacées, le commerce renaissant saisit avec ardeur cette idée féconde ; et, l'adaptant à ses besoins, il en forma la convention *del credere,* expression qui, naturalisée dans la langue de toutes les nations commerçantes, témoigne énergiquement du pays originaire de cette invention ingénieuse.

Le *del credere* fut d'abord appliqué aux opérations d'argent. On le trouve usité dans les ordres que le commerçant donnait pour le recouvrement de sommes payables en foire, et pour la remise des valeurs recouvrées. Suivant la nature de l'ordre, le correspondant remettait simplement ou à ses risques, et, dans ce dernier cas, il gagnait un plus fort droit de commission. Quand le commettant entendait que la remise lui fût garantie, il l'exprimait : *Vi rimetto per mio conto scudi N..., ne procurarete pagamento, faciendomene rimessa quà per vostra littera o*

(1) L. 150, D. *De verb. signif.* — L. 16, § 6, D. *De fide jus.* ; L. 52, D. *De reb. cred.* — L. 116, D. *De verb. oblig.* L. 2, D. *De solut.*

Digitized by Google

d'altri sopra di voi, levandone la vostra provisione (1). Ce qui veut dire que le correspondant devait remettre en sa propre traite, cas auquel il en répondait évidemment, ou que s'il remettait en la traite d'un autre, *v, g.* en l'achetant sur place, il en demeurerait également responsable. Dans le langage du commerce, on disait que ce correspondant *sta del credere*, demeure du croire, ou qu'il remet à ses risques, *remittit periculo ipsius.*

On trouve encore, mais d'une manière moins explicite, la même convention dans un contrat qu'on appelait autrefois à Gênes *cambiare per terza persona.* C'était verser des fonds à un banquier, qui assurait le capital entier avec un bénéfice certain et déterminé, sous la condition d'avoir pour lui tout ce qui excéderait ce bénéfice.

Le *del credere* se combinait aussi avec le contrat de prêt. Suivant la loi canonique et même la législation civile de presque tous les peuples modernes, l'intérêt d'un prêt d'argent était sévèrement prohibé. Mais le prêteur, qui risquait de perdre par l'effet d'un cas fortuit ou de l'insolvabilité de l'emprunteur, se chargeait de ce risque, et recevait en retour *pretium periculi.* Le prix d'un risque pouvait être valablement stipulé ; personne ne le niait ; mais tous n'admettaient pas qu'un tel pacte pût entrer dans le prêt ou dans la société, sans en altérer l'essence. Était-il usuraire, ou ne l'était-il pas ? Cette question a épuisé tout ce que la sagacité des théologiens ou des jurisconsultes pouvait imaginer pour ou contre de distinctions et de subtilités; mais la ruse italienne n'a jamais manqué de ressources pour échapper aux lois prohibitives de l'usure (2).

(1) Stracch. § 1, quæst. 5, n° 77-79 ; § 2, gl. 5, n° 400 ; § 3, gl. 2, n° 1.

(1) Lorsqu'en 1569, Pie V publia sa fameuse constitution sur le change, dans le but de prévenir la palliation de l'usure, des mar-

Digitized by Google

La nouvelle convention que le commerce se créait est appelée par les anciens auteurs *fidejussio*, *sponsio*. Toutefois, ces expressions n'ont pas chez eux le même sens que dans les lois romaines d'où elles sont prises. Il leur a semblé sans doute convenable d'emprunter des dénominations et souvent des règles qu'ils trouvaient toutes faites, à une législation objet de leurs études, et de les appliquer, par raison d'analogie, à des contrats qu'introduisait le commerce, et qui présentaient de la similitude avec des contrats du droit romain (1). Mais ils ne pouvaient méconnaître, encore moins anéantir le caractère propre du nouveau contrat, qui chaque jour se développait par l'usage et acquérait son complément. Aussi, malgré la dénomination de *fidejussio*, répondant au mot français *garantie*, *cautionnement*, donnée à la convention *del credere*, et nonobstant son analogie plus ou moins imparfaite avec la fidéjussion, ce pacte commercial a conservé le caractère que lui imprimait la pratique. *Fidejubere*, *assecurare*, sont des expressions synonymiques, l'une tirée de la langue du droit, l'autre appartenant au langage du commerce, et employées par les auteurs qui ont parlé du *del credere* (2).

chands de Gênes disaient après l'avoir lue : Si le pape voulait dévoiler le dol, la fraude, les artifices qui se pratiquent dans le commerce du change, et qui échappent à l'œil des théologiens, que ne nous appelait-il, que ne nous interrogeait-il préalablement ? *Si papa dolos, fraudes, ac technas quæ in cambiorum commerciis committuntur, ac theologorum oculos latent, detegere volebat, nos priùs vocare et interrogare debebat.*

(1) Ainsi le change est *emptio-venditio pecuniæ absentis pecuniâ præsenti ;* l'assurance, *emptio-venditio periculi, aversio periculi, fidejussio periculi.*

(2) Hoc fidejussionis pretium seu merces aliquandò solvitur à debitore qui aliàs sine fidejussione non invenit qui ei pecuniam cre-

Digitized by Google

86. — La fidéjussion du droit romain, le cautionnement du Code civil, s'offrent comme un contrat de bienveillance de la caution envers le débiteur. Il était réservé au commerce, qui ne fait rien pour rien, de mettre à profit jusqu'au crédit du commerçant, de salarier une garantie promise ou donnée, et par un prix payant des risques, de changer l'essence d'un ancien contrat en le convertissant en un autre. Introduisez dans le cautionnement un élément de plus, le prix du risque couru par la caution, et vous en voyez sortir un contrat ou une clause d'assurance. Cette nouvelle création une fois reçue dans la pratique, le commerçant tira un bénéfice de sa propre garantie, soit qu'un débiteur la sollicitât comme condition d'un emprunt ou d'une opération à terme, soit qu'un créancier l'exigeât pour se mettre à couvert des risques inséparables de toute spéculation. Ainsi, un débiteur obtint d'autant plus de crédit qu'il put se faire assurer, et un créancier compta désormais, par la même voie, sur une plus grande exactitude dans ses rentrées.

Avant que l'assurance ne devînt un contrat indépendant et subsistant par lui-même, on apposait à certaines conventions des clauses qui mettaient des risques prévus, à la charge de l'un des contractants. Quand ensuite, sans être obligées par les liens d'un contrat, plusieurs personnes se rencontrèrent, intéressées à diminuer les effets d'un événement qui pouvait les frapper toutes, elles conçurent l'idée d'en partager les risques au *prorata* de leurs intérêts respectifs.

dat. Aliquandò solvitur à creditore qui pro pecuniâ jam credità vult se assecurare.

Contractus assecurationis in substantiâ est contractus fidejussionis... in contractu fidejussionis qui assecurat seu fidejubet (Scacc., § 3, gl. 3, n° 8; § 1, quæst. 1, n° 4, et seq.; n° 498, et seq.

Digitized by Google

C'est l'origine de *l'agermanament* (1), de l'assurance mutuelle, bientôt suivie de l'assurance à prime. Car dès que l'on a su apprécier un risque à prix d'argent et que des commerçants ont consenti à s'en charger, le contrat d'assurance avec prime a existé. Dès ce moment aussi le commerçant, au lieu d'être une caution, est devenu un assureur, et des clauses d'assurance ont été ajoutées à certaines conventions, ou sont nées à leur occasion.

87. — Tel est le caractère de la convention *del credere;* elle n'est qu'une clause d'assurance, une appréhension de risques pour un prix certain, *susceptio periculi pro pretio certo;* au moyen de ce prix, le commissionnaire répond, comme nous l'avons dit, non-seulement de la solvabilité du débiteur, mais encore de l'acquit de la dette au terme convenu, c'est-à-dire de toutes les incertitudes du recouvrement.

Ce résultat, conséquence immédiate de l'assurance, est attesté par la tradition et la pratique du commerce : *Solent mercatores alienas merces recipientes cum mandato vendendi ad tempus, certâ mercede constitutâ promittere* star del credere, *et addunt se præstituros pecunias, vulgari sermone,* far buoni denari (2). Or, qu'est-ce que faire les deniers bons, si ce n'est courir les risques du recouvrement de la créance? Aussi Casaregis (Disc. 56, nos 4 et 20) appelle la prime *del credere il premio dell' assicurazione,* et la convention elle-même, *la promessa del credere,* il la dénomme assurance, *sicurtà ed assicurazione.* Savari n'exprime pas une idée différente lorsqu'il

(1) *Agermanare,* fraterniser, s'associer, mettre en commun (V. *Consulat de la mer*).

(2) Stracch. *de Assecur. introd.*, n° 72; *de Mercat. mand.*, n° 37.

Digitized by Google

dit : « Les commissionnaires qui demeurent *du croire*, « ont droit à une plus grande commission à cause des « risques qu'ils courent en faisant les deniers bons..., « mais ils doivent avoir la foire de respect, c'est-à-dire « un délai de trois mois pour faire les payements et lais- « ser rentrer l'argent des ventes. Il est juste que les com- « mettants soient payés ponctuellement à la fin des trois « mois, que les commissionnaires soient ou non payés par « les débiteurs. » (*Parf. Nég.*, liv. 3, ch. 3.)

Ce même résultat est consigné dans la législation des autres peuples commerçants. « Il y a, dit Paley, p. 39, commission *del credere*, lorsque, pour une prime additionnelle, le commissionnaire s'engage à assurer au commettant, non-seulement la solvabilité des débiteurs, mais encore l'acquit ponctuel de la dette ; il répond au commettant du produit des ventes ou des autres transactions effectuées par lui, sans considérer s'il l'a reçu, et sans qu'il soit besoin de recourir préalablement contre les débiteurs. »

Le Code espagnol ajoute aussi, art. 158 : « Lorsque le commissionnaire, en sus de la commission d'usage, reçoit celle de garantie ou du croire, les risques du recouvrement seront à son propre compte, et il est personnellement tenu de payer son commettant aux termes convenus avec l'acheteur. »

Nous ne connaissons sur ce caractère et cet effet du *del credere* qu'une décision judiciaire. Comme elle émane d'un tribunal, juge instruit en cette matière, et qu'elle confirme un usage de commerce, nous croyons devoir la rapporter sommairement. En 1821, une maison de Smyrne demeurant du croire, vendit deux balles toileries pour compte d'une maison de Suisse. Par suite de l'insurrection des Grecs et antérieurement à l'échéance du terme,

Digitized by Google

l'acheteur avait été frappé d'une confiscation générale dans ses biens, ce qui avait empêché et le débiteur de payer et le commissionnaire de recouvrer. Qui devait supporter cette perte? Par le *del credere*, disait le commissionnaire, je n'ai garanti que la solvabilité de l'acheteur. Or garantir une telle solvabilité, ce n'est pas garantir, *commercialement parlant*, tous les événements, même de force majeure, qui peuvent amener l'insolvabilité de l'acheteur. Je n'ai pris sur moi que les événements ordinaires et prévus lors du contrat. Quant aux événements extraordinaires et en dehors des prévisions humaines, je n'ai pas entendu en courir les risques, et je n'en perçois ni le prix ni l'équivalent. La convention comme la loi les laisse à la charge du commettant. Je ne puis donc répondre de la confiscation qui a frappé les biens de l'acheteur, et m'a réduit à l'impuissance de recouvrer. Néanmoins il fut jugé que la perte devait rester à sa charge. Pour quel motif? C'est que, par le *del credere*, il avait garanti la solvabilité de l'acheteur, quels que fussent les événements qui le rendraient insolvable; qu'il courait tous les risques du terme accordé; qu'enfin la distinction entre l'insolvabilité provenue des événements ordinaires et celle provenant d'une force majeure, telle que la confiscation, *est contraire aux usages du commerce* et à la volonté présumée des parties (*Jurisp. de Marseille*, t. 11, 1, 106).

88. — On voit comment le commerce a compris le *del credere*, quel sens il y attache, quelle force il lui attribue. Encore une fois, c'est une assurance.

En effet, la convention renferme une chose assurée, la créance du commettant; des risques, ceux de l'insolvabilité des débiteurs; un prix de ces risques, la commission *del credere*. Or la perfection du contrat

Digitized by Google

d'assurance n'exige rien de plus : *In his tribus consistit.*

Ainsi, au cautionnement du droit civil, contrat unilatéral, contrat de bienfaisance, contrat accessoire à une obligation qui existe entre le créancier et le débiteur, et subordonnée à celle-ci dans sa cause, dans son existence, dans sa validité, le commerce a substitué un contrat bilatéral, à titre onéreux, non accessoire, ayant une autre cause que l'obligation qui lie le créancier et le débiteur, produisant un effet direct entre les contractants, mais subordonné à la réalisation d'un événement prévu et incertain.

Aussi l'usage du commerce n'a-t-il jamais admis qu'avant de s'adresser au commissionnaire, le commettant fût obligé de s'adresser au débiteur. Le commissionnaire se constituant assureur par le *del credere,* il était conséquent qu'il fût tenu de payer, si à l'échéance le débiteur ne payait pas, puisque l'assurance a pour objet de rendre l'assuré indemne, dès que l'événement prévu par le contrat se réalise. D'ailleurs, les formalités de la discussion de biens ne se concilient pas avec la rapidité des opérations commerciales et la nécessité de rentrées certaines à des époques fixes (1).

89. — Par la même raison, on ne saurait dire que la convention *del credere* est accessoire à l'obligation qui existe entre le commettant et le débiteur. Car le commissionnaire contracte-t-il en son propre nom, envers lui seul le débiteur est engagé, et point d'obligation entre celui-ci et le commettant. Traite-t-il au nom de ce dernier, il y a obligation, il est vrai, du débiteur au commettant,

(1) Verior et menti mercatorum magis accommodata usuque recepta est... opinio sustinens obligationem principalem sine remedio excussionis fuisse vigore hujusmodi verborum contractam. Inter mercatores locum non habet exceptio excussionis (Casareg., Disc. 68, nos 12 et 14).

Digitized by Google

mais la convention *del credere* n'y est pas subordonnée de la même manière que l'engagement de la caution l'est à l'obligation du débiteur principal. Un exemple rendra la chose sensible. Quand je vous cautionne une somme que vous doit Titius pour le prix d'une vente, mon obligation et celle de Titius à laquelle j'accède ont une seule et même cause, la vente que vous lui avez faite ; je vous dois ce que vous doit Titius que je cautionne, *illud ipsum quod Titius debet*. Mais, quand par le *del credere* je vous garantis le recouvrement et l'acquit ponctuel de votre créance, je ne vous dois pas ce que Titius vous doit, et ne vous dois rien au même titre que lui ; je vous dois indemnité de ce qui ne pourra pas être recouvré de Titius, *quantò minùs à Titio servari poterit*, et à un tout autre titre, puisque mon engagement envers vous n'a pas le même objet, *non una eademque res vertitur in obligatione*. Qu'un commerçant voulant assurer d'une manière plus certaine la rentrée de ses capitaux à des époques fixes, convienne avec une personne que, si les débiteurs ne payent pas à ces époques, cette personne sera tenue de payer elle-même, et que pour les risques qu'elle court, elle recevra telle prime, on ne dira pas sans doute qu'une telle convention est purement accessoire à l'obligation des débiteurs ; elle a sa raison, son objet propre.

Tel est l'engagement du commissionnaire qui, assurant le recouvrement des opérations qu'il a faites, se soumet au *del credere*.

Il n'importe que celui qui exécute le mandat et celui qui garantit le produit des opérations commises, soient une seule et même personne. Cette circonstance ne peut altérer la convention. Le mandat et le *del credere* n'ont rien d'incompatible, et ne s'excluent pas dans un même commissionnaire. Il est d'ailleurs facile de distinguer les

Digitized by Google

deux personnes qui se réunissent en lui, et de ne pas confondre les droits et les obligations que comporte la différence de leur caractère. Cette cumulation de deux personnes dans un même individu est assez fréquente dans le droit commercial. C'est ainsi que le tireur pour compte est mandataire de l'ordonnateur, sans qu'il cesse d'être tireur à l'égard des endosseurs et du porteur; de même encore, l'accepteur pour compte, mandataire du tireur, est obligé personnel du porteur.

On ne saurait donc, malgré leur analogie, assimiler le *del credere* à la fidéjussion ; la première de ces conventions n'est pas, comme la seconde, un pacte accessoire. Elle peut comporter des conditions autres que celles de l'obligation garantie. Par exemple, à la différence du cautionnement où il n'est pas permis à la caution de stipuler un lieu de payement autre ou un temps plus court que ceux accordés au débiteur principal, il peut être convenu, dans le *del credere*, que le commissionnaire payera dans tel lieu, de telle manière, à telle époque, quels que soient les arrangements à terme qui interviennent entre lui et les personnes avec lesquelles il contractera.

90. — Ce n'est qu'en traitant le *del credere* comme une assurance, et en se plaçant au point de vue d'où le commerce l'a considéré, que l'on saisira le caractère qui le distingue des conventions plus ou moins analogues, que l'on expliquera la cumulation de deux personnes dans un même individu, et comment le commissionnaire, sans cesser d'être tel, peut devenir débiteur direct du commettant; par exemple, comment, sans avoir acheté ni cautionné, il peut devoir aux échéances convenues le prix de la vente. Mandataire pour vendre, la vente une fois faite, il devient, par l'effet du *del credere*, assureur de la solvabilité des

Digitized by Google

acheteurs. A ce titre, il se constitue, le cas échéant, obligé personnel et direct.

91. — L'auteur de l'*Esprit du Code de commerce* (art. 93) a donné sur cette obligation personnelle du commissionnaire une explication certainement inexacte. M. Locré se demande à quel titre le commissionnaire *del credere* devient débiteur direct et personnel du commettant. Ce ne peut être, dit-il, que comme caution du débiteur, ou comme débiteur solidaire, ou comme obligé principal. Il montre que les deux premières hypothèses ne sont pas admissibles. Reste donc la troisième, qu'il cherche à rattacher à des principes de droit. « Il y a, dit l'auteur, une première vente conditionnelle du commettant « au commissionnaire, dont la condition s'accomplit au « moment où le commissionnaire vend à un tiers. En « effet, la convention que le commissionnaire vendra « pour son compte suppose que la chose sera sa propriété « au moment où il vendra, et celle qu'il en devra le prix « au commettant suppose de même qu'à ce moment il en « deviendra l'acheteur. Ainsi le commissionnaire est acheteur conditionnel pour le cas où il vendra. Tant qu'il ne « vend pas, la condition n'est pas accomplie, et le commettant demeure propriétaire ; mais quand il revend, la « condition a ses effets : il transporte au tiers auquel il « vend une propriété qu'il acquiert simultanément, et de « laquelle dès lors il doit personnellement le prix. »

92. — Cette explication est arbitraire, erronée, contraire à la loi.

L'explication est arbitraire, car, d'une part, la loi garde le silence sur les effets du *del credere*. D'un autre côté, que se passe-t-il entre le commettant et le commission-

Digitized by Google

naire ? Deux conventions seulement : l'une par laquelle le commissionnaire accepte le mandat de vendre pour compte du commettant ; par l'autre il garantit à celui-ci le payement intégral et ponctuel du prix de la chose qui sera vendue. Mais que l'on prenne ces deux conventions ensemble ou séparément, on n'en exprimera jamais les éléments d'une troisième convention qui constitue le commissionnaire acheteur, sous la condition qu'il en pourra trouver un second.

L'explication est erronée; car elle suppose que celui qui reste *du croire* aura la propriété de la chose au moment où il la vendra, et qu'il ne peut même la vendre qu'à titre de propriétaire. Or que devient la supposition, si la chose est vendue au nom du commettant lui-même ? Assurément, dans ce cas, le commissionnaire n'aura jamais acheté. Cependant le *del credere* n'en produira pas moins tous ses effets. D'ailleurs, il est des premiers principes que nous pouvons exécuter un mandat en notre propre nom, sans cesser pour cela d'être mandataires (V. t. 2, n° 14).

L'explication est contraire à la loi ; car, suivant M. Locré, dès que le commissionnaire vend, la condition s'accomplissant, il devient simultanément acheteur et vendeur. Or l'effet de la condition qui s'accomplit étant de rendre le contrat pur et simple, comme si elle n'eût jamais existé, est-il facile de concevoir par quel prestige le commissionnaire achète la chose en même temps qu'il la vend, et comment elle peut être acquise simultanément par deux personnes dont il n'y a cependant qu'une seule qui en devienne propriétaire ? Il faut donc nécessairement supposer un intervalle, ne fût-il que de raison, entre l'achat et la revente, ce qui exclut toute idée de simultanéité. Mais alors quoi de plus bizarre que le système

Digitized by Google

de M. Locré ! L'achat du tiers étant la condition *sine quâ non* de l'achat du commissionnaire, il en résulte que celui-ci devient acheteur précisément par l'action de vendre ! *Credat judæus Apella* !

Ce n'est pas tout : dans l'hypothèse d'une vente par le commettant au commissionnaire, et d'une revente par le commissionnaire à un tiers, on arrive à des conséquences qui ne résistent pas moins à la volonté de la loi qu'à l'intention des parties. En effet, suivant la doctrine de M. Locré, c'est comme acheteur et propriétaire que le commissionnaire *du croire* doit au commettant le prix de la marchandise. Si donc ce commissionnaire faillit sans l'avoir touché, il appartient à la masse, et le commettant ne peut pas plus le revendiquer qu'un vendeur, qui a suivi la foi de son acheteur postérieurement tombé en faillite, ne peut, en cas de revente par celui-ci, réclamer le prix qui serait dû par le second acheteur. Or cette conséquence du système de M. Locré est en contradiction patente avec l'art. 575 du Code de commerce.

Qu'au lieu du prix dû par le deuxième acheteur, on suppose des marchandises qui lui seraient vendues par le commissionnaire, mais non livrées et restées dans les magasins de celui-ci, comme, dans le sens de la même doctrine, il y aurait vente du commettant au commissionnaire, et de celui-ci à un second acheteur, point de revendication possible en faveur du commettant, soit au cas de la faillite du commissionnaire, soit au cas de celle du tiers acheteur, encore bien que les marchandises ne lui aient été ni livrées ni expédiées. Or ce résultat ne répugne pas moins au texte de la loi (art. 577 C. comm.). Qu'on écarte, au contraire, l'étrange supposition d'un achat et d'une revente simultanés, le commettant revendiquera, à bon droit, dans la masse du commissionnaire

Digitized by Google

failli, la marchandise vendue et non livrée au tiers ; et avec le même droit, en cas de faillite par ce tiers, il retiendra la marchandise vendue, mais non encore livrée par le commissionnaire. La fiction gratuite de M. Locré n'a donc d'autre avantage que de rendre pire la condition du commettant, tandis qu'en payant une double commission, il voulait évidemment augmenter ses sûretés, loin de renoncer à celles que la loi lui assurait d'ailleurs en l'absence de tout *del credere*.

Ce n'est pas tout encore : M. Locré ne considère que l'espèce d'une vente avec du croire. Cependant le *del credere* se pratique dans toutes opérations, par suite desquelles il sera dû au commettant. Si donc un commissionnaire avec *del credere* fait des remises ou des assurances, que devient toute cette théorie d'une vente conditionnelle ? A quel titre le commissionnaire devient-il obligé ? Ce ne sera certes pas comme acheteur sous condition. Le principe de cette obligation, au contraire, s'explique très-facilement, lorsqu'on le puise dans le *del credere* lui-même, ou dans l'assurance que renferme cette convention. Que le commissionnaire fasse des remises, des assurances ou d'autres négociations à crédit, il sera obligé personnel en vertu du *del credere*, parce qu'il assure les risques du recouvrement de ces remises ou de ces assurances.

93. — Nous devions nous livrer à cette discussion, non-seulement pour faire voir que le *del credere* n'est autre chose qu'une assurance qu'il ne faut confondre ni avec la vente, ni avec le cautionnement, mais aussi pour confirmer un principe fondamental, trop souvent méconnu : c'est que le *del credere* ne change en rien les rapports de commettant et de commissionnaire. Le commis-

Digitized by Google

sionnaire reste toujours dans la position d'un mandataire, *retinet figuram mandatarii*; seulement à ce caractère il en réunit un autre, celui d'assureur de la créance à recouvrer. Mais cette coïncidence ne peut porter atteinte au mandat lui-même; elle n'en blesse pas les éléments essentiels. Aussi, dans le droit romain où, à cause des actions propres à chaque contrat, on était sévère sur l'altération de l'espèce, le mandataire pouvait se charger des risques de l'affaire commise, et le mandat n'en subsistait pas moins. La convention *del credere* peut donc s'ajouter au contrat de commission, et le commissionnaire représenter deux personnes distinctes. Cela est si vrai que la convention de mandat peut se former entre le commissionnaire et le commettant, et la convention *del credere* intervenir entre le commettant et toute autre personne que le commissionnaire ; le cas n'est point sans exemples. En voici un tiré de la *Gazette du commerce*, 30 juillet et 24 août 1765. Pierre, avant de faire des affaires à Londres, voulut s'assurer la rentrée de ses fonds et la solidité de ses débiteurs. Il proposa à Jacques de Londres d'être son garant moyennant 3 p. 100. Jacques accepta la proposition; un débiteur manque : Jacques prétend qu'il ne doit que le vide de ce qui se trouvera dans les affaires de ce débiteur. On a, dit l'auteur de l'article, regardé cet objet comme une assurance, et l'on a appliqué, par analogie, l'art. 20, tit. 6, Ord. 1681.

Du reste, quand le commissionnaire est celui qui se charge des risques de la créance du commettant, il peut être constitué du croire, non-seulement par la convention de mandat, mais par une convention séparée. Le *del credere* ne changeant pas les rapports de mandant et de mandataire, le commissionnaire est tenu de faire connaître le nom des personnes auxquelles ont été vendues

Digitized by Google

les marchandises, afin que le commettant puisse vérifier l'exactitude des prix, et les époques où les payements ont dû s'effectuer. L'obligation ne s'étend pourtant pas aux ventes en détail.

94. — Un commissionnaire doit négocier avec prudence et vigilance, et, s'il l'a fait, il ne répond pas des événements. Il doit donner de véritables débiteurs, mais non être garant qu'ils sont bons. Tel est le principe. Une convention ou un usage local peut y déroger.

Nous disons *un usage;* car, dans certaines localités, le commissionnaire demeure du croire *ipso jure.* L'espèce s'est présentée à la Cour de Rennes. Un négociant français avait envoyé à un négociant de Guernesey des marchandises en consignation avec ordre de les vendre au mieux de ses intérêts. Le commissionnaire anglais se crédita, dans son compte, de 2 1/2 commission simple, et de 2 1/2 commission du croire. On contesta celle-ci, parce qu'elle n'avait été l'objet d'aucune convention. Mais il fut prouvé que l'usage constant de l'île de Guernesey était de porter en compte cette double commission sur le produit brut de toutes espèces de marchandises en consignation, vendues à terme. Il en résultait donc que, dans l'espèce, la commission *del credere* était, par un usage constant, une suite naturelle de la commission de vendre (V. t. 2, n° 73), et les conventions obligeant à ce qui est une suite de l'usage dans le lieu où elles s'exécutent, on jugea et l'on devait juger en faveur du commissionnaire anglais.

Nous avons eu chez nous un statut local, le règlement de 1586, qui obligeait le commissionnaire de l'époque à faire les *debtes bonnes* dans les ventes à terme, et à payer en *son propre et privé nom*, quinze jours

Digitized by Google

après le terme échu, sans sommation ni demande en justice.

Mais aujourd'hui, et depuis fort longtemps, le *del credere* ne peut résulter que d'une convention. « Le commissionnaire doit convenir avec le commettant s'il « demeurera garant de la solvabilité des débiteurs et s'il « fera les deniers bons (Savary, part. 2e, ch. 3; Denisart, v° *Commissionnaire*). » Or, une convention peut se former non-seulement d'une manière expresse, mais encore d'une manière tacite : *Labeo ait convenire posse vel per epistolam, vel per nuntium, inter absentes quoque posse, sed etiàm tacitè consensu convenire intelligitur* (L. 2, D., *De pact.*). Il n'importe donc par quelle voie les parties contractantes se manifestent leur volonté respective; il suffit qu'elles se comprennent et soient d'accord. C'est dans le consentement, et non dans telle ou telle expression du consentement, que consiste la convention *del credere, solo consensu subsistit*, et la preuve en peut être faite par témoins, à la différence du contrat d'assurance, que la loi ordonne de rédiger par écrit (art. 332 C. comm.).

95. — Quand la convention est explicite, nulle difficulté; que les contractants aient employé les expressions de *du croire*, de *garantie*, d'*assurance de solvabilité*, ou toutes autres, il n'importe. Elle ne requiert pas plus une formule qu'une expression sacramentelle.

Mais lorsque la convention est implicite ou se forme tacitement, il est moins facile de saisir et d'apprécier la volonté des contractants; toutefois, si elle existe, le *del credere* est parfait.

Armateur d'un navire dont je suis copropriétaire, vous êtes dans l'habitude d'assurer, à chaque voyage, les

Digitized by Google

parts de vos coïntéressés, en percevant la commission du croire. Divers comptes ont été précédemment réglés entre nous, et on y a compris cette commission. Un nouvel armement a lieu, et vous faites assurer comme de coutume. Je ne serai pas reçu à dénier la prime *del credere*, ni à vous dire, en cas de faillite des assureurs, que vous n'étiez pas chargé du risque de leur insolvabilité. Ce qui a été précédemment pratiqué entre nous, fait règle pour la dernière opération (V. t. 2, n° 54).

Lorsque, par suite de négociations antérieurement faites entre eux, les contractants n'ignorent pas que la commission simple est de 2 p. 100, et la commission *del credere* aussi de 2 p. 100, le commettant qui dit ou écrit : Vendez pour mon compte à la commission de 4 p. 100, n'a d'autre but que de se procurer une plus grande sûreté. Le commissionnaire, de son côté, qui sait bien qu'une telle commission n'est allouée qu'à charge de faire les deniers bons, s'oblige en l'acceptant aux risques du recouvrement. Il y a convention *del credere* résultant des faits.

On doit encore décider de même lorsque, dans telle ou telle espèce de commerce, l'usage a fixé la commission simple à un taux et la commission *del credere* à tel autre taux. Accepter l'offre d'une commission équivalente à ce double taux, c'est évidemment se constituer *du croire*, surtout si les contractants exercent ou ont exercé ce genre de commerce. C'est dans ce sens qu'on doit entendre certains auteurs, lorsqu'ils disent : « Les commissionnaires « qui ne prennent que simple commission de 2 p. 100 « ne sont pas responsables des mauvaises dettes, mais bien « ceux qui ont double provision de 4 p. 100. » (Toubeau, l. 1, ch. 2, p. 122.)

Ces exemples suffisent pour éclaircir cette double règle : le *del credere* n'existe pas *ipso jure*, il doit être convenu,

Digitized by Google

la convention peut être expresse ou tacite : *Non tenetur quis solvere salarium seu mercedem, nisi ad eam solvendam expressè vel tacitè se obligaverit* (Scaccia, gl. 3, n° 2).

96. — La commission *del credere* étant le prix de risques auxquels le commissionnaire s'expose, elle lui est acquise dès qu'il a couru ces risques, et même dès qu'il est certain que l'événement pouvait se réaliser; mais si la réalisation en a été impossible, une telle commission n'est due ni en droit, ni en équité.

Cependant Savary enseigne que « quand le commis-« sionnaire demeure *du croire,* une plus grande commis-« sion lui est due, que la marchandise se vende au « comptant ou à terme. » Cet usage a existé du temps de Savary, puisqu'il l'atteste; peut-être même existe-t-il encore. Mais il est abusif. C'est donner au commissionnaire la facilité de se procurer un lucre sans risques. Chargé fort souvent de traiter *au mieux des intérêts*, il peut être tenté de le faire *au comptaut* et à des prix moindres, lorsqu'en accordant du terme, il ne tiendrait qu'à lui d'obtenir des conditions plus avantageuses.

Si donc le commissionnaire *del credere* n'a couru ou n'a pu courir aucun risque, on ne lui doit que la commission simple. Tel est le cas d'une vente dont le prix est stipulé payable avant le retirement; point de risque, point de commission du croire. Mais que la condition du payement exprimée par le mot *comptant* (1) emporte un délai quelconque suivant l'usage des lieux, il y a eu chance possible d'un risque; la commission *del credere* est due.

(1) Dans certaines localités, l'expression *comptant* n'exclut pas un délai de quelques jours; *comptant-compté* n'emporte aucun délai, et exprime payement de la marchandise à la livraison même.

Digitized by Google

97. — Des auteurs se sont demandé : peut-on, à prix d'argent, garantir la solvabilité d'un débiteur : *Pacisci et stipulari aliquam mercedem pro ipsâ fidejussione?* Le peut-on, au moins en conscience, lorsque la solvabilité du débiteur est telle qu'aucun risque n'est à craindre : *Quandò debitor est ejus qualitatis et conditionis ut nullum emineat periculum?* Le peut-on, lorsque ce débiteur donne des répondants ou des gages, *fidejussorem aut pignus?* Que le recouvrement d'une créance soit un objet assurable, nul doute, puisqu'il est toujours exposé à plus ou moins de risques, le débiteur pouvant d'un moment à l'autre devenir insolvable, ou ne pas payer, ou user de retards. L'assureur est donc en péril de payer pour lui : *Potest contingere quòd pro ipso debitore integram quantitatem ex proprio patrimonio sit soluturus... et reperiri debitores qui, neglectâ fide et prostratâ conscientiâ, solvere non curent* (Scaccia, gl. 3, n° 7). Quelle que soit la solidité actuelle des affaires d'un commerçant, qui peut affirmer qu'il n'est pas à la veille d'un revers? Tant est incertain l'élément du commerce, tant il est plein de vicissitudes (1)! Il y a donc au moins possibilité d'un risque, et cet élément suffit à la justice de l'assurance et à la perception de la prime. Le risque peut sans doute être atténué par des gages ou des répondants. Mais la possibilité n'en saurait être complétement anéantie. Le gage peut périr, le répondant devenir insolvable; d'ailleurs, la justice humaine n'est-elle pas faillible, et ne peut-elle pas relaxer et le gage et le répondant? N'existe-t-il pas mille autres chances de pertes? *Non deficiunt alii casus.* L'assurance du recouvrement d'une créance se justifie donc

(1) *Stultus homo plaudet manibus cùm spoponderit pro amico suo*, est un vieux proverbe de prudence humaine.

Digitized by Google

aussi bien en équité qu'en droit : *Lex conscientiæ*, dit Scaccia, *debet esse de possibili ; sed est impossibile cognoscere minutatim qualitates et quantitates periculi, tùm quià periculum est incertus eventus rei in quo dominatur sors et fortuna, et ideò potest contingere ut, ubi majus appareat, evanescat, et ubi minus, ibi succedat, tùm quià circà rerum eventus varias habent homines opiniones* (§ 2, gl. 3, n° 7).

Ainsi, par cela seul qu'il est possible qu'un risque eût atteint le commissionnaire et qu'il en a couru l'éventualité, il a droit à la prime *del credere;* dans le cas contraire, elle ne lui est pas due.

Voyons quelques applications du principe. Lorsque le débiteur, moyennant un escompte, anticipe le payement, le commissionnaire peut-il percevoir la double commission ? Une négociation où le débiteur jouit de la faculté d'escompter est une négociation à terme qui, toutefois, peut se changer en une négociation au comptant. La faculté d'escompter est ordinairement circonscrite dans un certain délai, pendant lequel il est loisible au débiteur d'en user à volonté. S'il escompte lors de la livraison même, c'est comme si la négociation s'était faite au comptant ; le commissionnaire n'a couru aucun risque. Qu'au contraire, le débiteur n'escompte que dans un terme plus ou moins éloigné de la livraison, il est rigoureusement vrai que le risque d'une insolvabilité a pesé un instant sur le commissionnaire ; car le débiteur pouvait être ruiné le jour même de la livraison.

98. — M. Pardessus, t. 1, n° 569, agite une question analogue. Le commissionnaire peut-il percevoir la commission *del credere,* et ne doit-il faire raison à son commettant que de la somme escomptée ? L'usage, dit-il, a consa-

Digitized by Google

cré l'affirmative, avec ce tempérament, toutefois, que le commettant est libre ou de recevoir comptant le produit de l'opération, escompte déduit, ou d'attendre l'échéance en laissant l'escompte à la charge du commissionnaire. Sur quoi M. Dalloz, *Rép.*, t. 2, p. 742, fait observer que cet usage est contraire à l'équité et à la nature des choses, puisqu'il ne peut y avoir *du croire* là où il y a payement effectif, absence de risques. Cette observation serait exacte, si l'escompte comportait nécessairement toute défaillance de risques. Mais, dans la pratique, ce n'est pas à la livraison uniquement, c'est le plus souvent après, dans un délai plus ou moins long, que le débiteur anticipe son payement. Néanmoins, nous ne saurions accepter sans protestation la doctrine de M. Pardessus, ni même reconnaître l'usage sur lequel il la fonde. D'abord, si le commissionnaire a traité *comptant-compté*, pourquoi une prime qui n'est le prix d'aucun risque ? En second lieu, à moins que le commettant n'ait interdit la faculté d'escompter, il ne semble pas juste qu'il ait l'option de recevoir comptant le produit de l'opération, escompte déduit, ou d'attendre le terme en laissant l'escompte à la charge du commissionnaire. Celui-ci n'ayant pas excédé le mandat, puisqu'il s'est conformé à l'usage de la place, le commettant est tenu d'accepter l'affaire telle qu'elle a été faite, sans grever la commission d'un escompte qui pourrait l'absorber.

Digitized by Google

§ II.

DE L'OBLIGATION DE REMBOURSER AU COMMISSIONNAIRE SES AVANCES ET FRAIS, ET DE L'INDEMNISER DES PERTES ÉPROUVÉES PAR SUITE DU MANDAT.

SOMMAIRE.

99. Outre la commission simple et la commission avec *du croire*; il est dû au commissionnaire remboursement de ses avances, de ses débours, de ses payements par anticipation, encore bien que l'affaire n'ait pas réussi; équité de ce remboursement; espèce jugée par le Tribunal de Marseille.
100. Néanmoins le commissionnaire ne peut répéter que les dépenses directement prescrites par le mandat ou nécessitées, soit par son exécution, soit par les circonstances; exemples.
101. Les avances ou dépenses au remboursement desquelles le commissionnaire a droit, lui sont dues avec intérêt du jour où il les a faites; cet intérêt court de plein droit; édit de Charles-Quint de 1540.
102. Le commissionnaire ne doit pas souffrir de sa gestion, lorsque aucune faute ne lui est imputable.
103. Quand une perte a-t-elle pour cause l'exécution du mandat? Décision d'Africain, décision de Paul; passage de Cujas sur ces décisions.
104. Le préjudice peut n'avoir été souffert qu'à l'occasion du mandat; distinction de Pothier; elle est rejetée par le Code civil; règle posée par Africain; elle s'adapte bien

Digitized by Google

aux affaires commerciales; exemples divers qui en éclaircissent l'application; passage de Domat.

105. Nulle indemnité n'est due au *negotiorum gestor* pour pertes qu'il éprouve par suite d'une gestion qu'il s'est spontanément imposée; *secùs* de celui qui, ayant un mandat, devient *negotiorum gestor* par l'effet d'un cas fortuit ou d'un cas insolite.

99. — Outre la commission simple ou la commission avec *du croire*, il est dû au commissionnaire remboursement de ses avances et débours pour l'exécution du mandat. Tels sont les frais de douane, d'entrepôt, de magasinage, etc.; telles encore les dépenses nécessitées par la conservation, l'entretien ou le bénéficiement de la marchandise; enfin les divers payements qu'il a faits ou auxquels il s'est engagé par anticipation sur le produit de la négociation commise.

Rien de plus juste. Ce mandat s'exécute pour le compte du commettant; lui seul est appelé à en recueillir les avantages; il doit donc seul en supporter les dépenses. Il ne peut les refuser à un commissionnaire exempt de faute, alors même que le mandat n'a pas été entièrement exécuté, *v. g.*, si l'exécution en a été entravée ou morcelée par le cas fortuit ou par le cas insolite: *Sumptus bonâ fide necessariò factos, etsi negotio finem adhibere non potuit, judicio mandati restitui necesse est* (L. 56, § 4, D. *Mand.*). A plus forte raison les doit-il, bien que le succès n'ait pas répondu à ses espérances: *etsi effectum non habuit negotium.*

L'armateur d'un navire ayant à régler des avaries avec des assureurs de Londres, y envoie un mandataire chargé de procéder au règlement à l'amiable ou en justice, mais avec défense toutefois de rien terminer d'une manière définitive, sans en avoir préalablement reçu l'autorisation,

Digitized by Google

— 2,000 francs, sur lesquels 1,000 comptés d'avance, sont alloués pour voyage, séjour et retour. Rendu à Londres, le mandataire fait choix d'un *régleur* d'avaries, intègre et capable, s'entoure des lumières des gens de loi, conclut à l'amiable un règlement d'après les lois d'Angleterre, puis s'empresse de porter le tout à la connaissance du commettant. De retour en France, il offre de faire exécuter le règlement par les assureurs, et réclame le solde dû pour ses frais de voyage. Mais le mandant désapprouve l'opération, sous prétexte qu'elle n'est pas conforme au mandat, et qu'on aurait pu traiter plus avantageusement. En conséquence il refuse le solde demandé, et réclame même des dommages-intérêts. C'était une prétention injuste et mal fondée.

En réglant à l'amiable, le mandataire n'avait pas excédé ses pouvoirs ; il y était autorisé. D'un autre côté, les avaries devant se régler à Londres suivant les lois du pays, l'usage lui permettait, la prudence lui conseillait même de s'adresser à un régleur accrédité. Or le règlement s'étant opéré sur les bases établies par ce régleur, il n'avait pas tenu au mandataire d'en obtenir un autre ; et, puisqu'on ne prouvait contre lui ni faute ni négligence, son salaire ne pouvait lui être dénié, quoique l'affaire n'eût pas réussi complétement. (*Jurisp. de Mars.*, t. 12, 1 141) : *Etiàmsi contrariam sententiam reportaverunt qui te ad exercendas causas appellationis procuratorem constituerunt, si tamen nihil culpâ tuâ factum est, sumptus quos in litem probabili ratione feceras, contrariâ mandati actione petere potes* (L. 4. C. *Mand.*)

100. — Néanmoins toutes dépenses indistinctemen ne peuvent être répétées par le commissionnaire, mais seulement celles qui sont directement prescrites ou solli-

Digitized by Google

citées par le mandant, ou nécessitées soit par l'exécution dn mandat, soit par la loi impérieuse des circonstances. Mais quand cette nécessité ou cette utilité est réelle, il importe peu qu'elle ait cessé depuis ou se soit évanouie, *v, g.*, par l'effet d'un cas fortuit; l'allocation n'en est pas moins justement due : *Sufficit, si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium* (L. 10, D. *Neg. gest.*); ou, comme le dit le président Favre, *ut eventum non spectamus, debet utiliter esse cœptum.*

Les dépenses directes sont toutes celles qui sont faites conformément aux ordres explicites du commettant, telles que des anticipations de payement, etc. ; les dépenses d'exécution, celles sans lesquelles le mandat ne peut être accompli, *v, g.*, le payement de la voiture ou du fret de la marchandise, des droits de douane, d'entrepôt, d'embarquement, de pesage, etc. ; mais il se peut aussi que les circonstances nécessitent des dépenses d'une autre espèce, par exemple, des frais pour bonifier la marchandise avariée, en arrêter la détérioration, l'entretenir dans un état loyal et marchand, et pour prévenir une perte ou tout autre dommage.

Un commissionnaire, pensant agir au mieux des intérêts de son commettant, fait assurer, mais sans ordre, un chargement, vu la mauvaise saison et le retard du navire; on a demandé s'il est en droit de répéter vers son commettant la prime payée aux assureurs. Les tribunaux anglais ont jugé l'affirmative; mais l'auteur qui rapporte l'espèce ajoute qu'en pareil cas la plus faible présomption suffit à établir un acquiescement de la part du commettant. Ainsi les circonstances ont influé sur la décision (V. Paley, p. 94); car, en général, le pouvoir de faire assurer et d'avancer les primes ne dérive que d'un mandat spécial ou d'un précédent bien établi entre

Digitized by Google

le commettant et le commissionnaire. On trouve dans Emérigon une espèce analogue. Un négociant de Palerme consigne à un négociant de Marseille des marchandises à vendre. Le navire tardant à paraître, le commissionnaire fait, sans ordre, des assurances; puis il en avise son ami, qui ne répond pas et n'avait lui-même fait souscrire aucune police. Après heureuse arrivée du navire, il prétend que la prime n'est point à sa charge, son ordre ayant été excédé. Sa prétention, dit l'auteur, n'était ni honnête ni légitime. Il devait, dès le principe, désavouer le commissionnaire qui, par un avenant, aurait pu faire résilier la police. Son silence, en cette occasion, doit être regardé comme une adhésion tacite aux agissements qu'il a connus (Emér., ch. 5, sect. 6).

101. — Dans tous les cas où le commissionnaire a droit au remboursement de ses avances ou de ses dépenses, elles lui sont *ùdes* valeur du jour où il les a faites, c'est-à-dire, avec intérêt à dater de ce jour. Cet intérêt est une juste compensation soit de l'intérêt que ces avances lui eussent rapporté, soit de celui qu'il paye s'il a emprunté : *Adversùs eum cujus negotia gesta sunt, de pecuniâ quam de propriis opibusve ab aliis mutuo acceptam erogâsti mandati actione pro sorte et usuris potes experiri* (L. 1, C. *Mand.*). *Non enim tantùm,* dit Paul, *quod impensum est, sed et usuras ejus consequi possum* (Pauli *Sentent.*, 2, 15, 2).

Ces intérêts, du reste, courent de plein droit, sans interpellation aucune, ce qui n'est pas moins conforme à l'équité que favorable au commerce : d'une part, le commettant recouvre ou épargne une partie de ses capitaux, et, d'un autre côté, le commissionnaire trouve un emploi avantageux des siens (V. t. 2, n° 30). On peut s'étonner

Digitized by Google

qu'un peuple commerçant ait autrefois pratiqué une règle contraire. Il fut un temps où, en Belgique, les intérêts des avances n'étaient dues au commissionnaire que du jour de la demande, *à tempore litis motæ*, le créancier n'étant censé souffrir aucun dommage, tant qu'il ne poursuivait pas son débiteur. Une telle pratique n'a pu s'introduire qu'en vertu d'une loi positive; et, en effet, l'édit de Charles V, de 1540, exigeait entre commerçants une stipulation pour l'intérêt des avances ou prêts, encore l'intérêt cessait-il après l'année révolue (V. *Répert.*, V° *Intér.*).

102. — S'il est juste que le commissionnaire ne puisse rien s'approprier provenant de l'affaire commise, il n'est pas moins juste qu'il ne supporte aucune perte ayant sa cause dans le mandat. Il ne s'est engagé qu'à ménager avec soin et fidélité les intérêts du mandant; il a donc droit à l'indemnité du dommage que sa gestion lui cause, pourvu qu'aucune faute ne lui soit imputable (art. 2000 C. civ.) : *Ex mandato apud eum qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet, sicuti nec damnum pati debet* (L. 20, D. *Mand*).

103. — Mais quand une perte essuyée par le mandataire a-t-elle pour cause l'exécution du mandat? C'est une question délicate sur laquelle les jurisconsultes romains ne paraissent pas avoir été parfaitement d'accord. Dans l'espèce où j'ai été volé par l'esclave que vous m'aviez chargé d'acheter, Africain décide que vous devez m'indemniser de toute la perte (L. 61, § 5, D. *De furt.*); et, dans la même espèce, Paul distingue : si aucune faute ne vous est imputable, l'esclave doit m'être abandonné pour toute réparation; mais, si vous connaissiez sa propension au vol, et que vous ne m'en ayez point averti,

Digitized by Google

vous êtes tenu de l'entier préjudice (L. 26, § 7, D. *Mand.*). La décision d'Africain est, dit Cujas, *ex æquitate et quâdam æquitate summâ et majori quâdam æquitate ;* la décision de Paul, *non ex rigore, sed ex minori quâdem æquitate.* Dans cette espèce, le préjudice provient directement du mandat, *ex ipsâ re.*

104. — Mais le préjudice peut aussi n'avoir été souffert qu'à l'occasion du mandat. C'est la distinction que fait Pothier, en s'appuyant sur un passage du jurisconsulte Paul (L. 26, § 6, D. *Mand.*). Elle n'a pu être ignorée des fondateurs du Code civil, dont cet auteur fut le principal guide. Or elle semble proscrite par les termes mêmes dans lesquels est conçu l'art. 2000 de ce Code : « Le mandant « doit aussi indemniser le mandataire des pertes que celui-« ci a essuyées à l'occasion de sa gestion. » Cet article est formel ; il ne distingue point entre la cause et l'occasion. Il ne distingue même pas entre le mandat gratuit et le mandat salarié, et des auteurs l'interprètent en ce sens qu'il n'y a lieu à aucune distinction.

Quelque chose qu'il en soit, on sait que, dans le droit romain, toutes les pertes éprouvées par le mandataire à l'occasion du mandat, bien qu'il fût essentiellement gratuit, n'étaient pas indistinctement supportables par le mandant. Africain pose une règle aussi concise qu'équitable : Indemnité est due au mandataire, quand il est fondé à dire que sans le mandat il n'eût pas souffert de préjudice: *Justissimè enim procuratorem allegare, non fuisse se id damnum passurum, si mandatum non suscepisset.* C'est cette règle que nous croyons le mieux appropriée aux affaires commerciales, parce qu'elle concilie ce qu'il est juste de mettre à la charge du mandat, et ce qu'il est juste d'imputer aux événements : *Non omnia*, dit Paul, *quæ*

Digitized by Google

impensurus non fuit, mandatori imputabit, veluti quod spoliatus sit à latronibus, aut in naufragio res amiserit, aut languore suo suorumque apprehensus quædam erogaverit ; nam hæc magis casibus quàm mandato imputari debent (L. 26, § 6, D. *Mand.*)

Mais quand peut-on dire que le mandataire n'aurait pas souffert de préjudice, s'il ne se fût pas chargé du mandat? La question est tout entière dans les circonstances.

How, propriétaire de trois diamants qu'il savait faux, en commit la vente à un commissionnaire résidant en Barbarie. Le commissionnaire, ignorant la fausseté des diamants, les vendit au roi du pays pour une somme considérable qu'il remit à son commettant. Quelque temps après, Sa Majesté, s'apercevant qu'on l'avait trompée, fit emprisonner le vendeur et confisqua ses biens. Le commettant devait-il réparation du préjudice? C'est une espèce analogue à celle que rapporte le jurisconsulte Africain. Le commissionnaire pouvait dire à bon droit, *non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset.* D'un autre côté, le commettant qui savait les diamants faux, et n'en avertissait pas le commissionnaire, commettait, au moins, une faute dont les conséquences devaient retomber sur lui : *Culpam eorum quorum causâ contrahatur, ipsis potiùs damnosam esse debere.* Car c'était sans doute une faute que de se taire sur la qualité des diamants que le commissionnaire devait naturellement croire vrais et représenter comme tels. Appeler ce silence une faute, c'est la qualification la plus légère qu'on puisse lui donner : car il est probable qu'en envoyant ces diamants à la vente sans dire ce qu'ils étaient, le commettant n'avait pas commis seulement un oubli, mais usé à dessein de réticence ou de dissimulation. Or, si le com-

Digitized by Google

missionnaire est tenu d'agir avec bonne foi, il a le droit aussi d'exiger de son commettant la même loyauté : *Quòd si ego scîssem..., nec prædixissem, ut possis præcavere, tunc quanti tuâ intersit, tantum tibi præstari oportet.* (D. 26, L 7, D. *Mand.*). Rien n'est plus juste. Supposez maintenant que le commissionnaire fût un marchand bijoutier, et la décision ne sera pas la même. Alors le silence gardé sur la qualité des diamants ne paraîtra plus que l'effet d'une inadvertance, commise non-seulement sans dessein de nuire, mais qui ne devait même pas être nuisible. Car, en consignant ses diamants à quelqu'un qui en fait le commerce, le commettant a eu un juste sujet de croire que ce marchand en reconnaîtrait la fausseté à la première inspection. Si donc le commissionnaire a reçu quelque dommage, comme il ne peut l'imputer qu'à son impéritie; il n'est en droit d'en demander la réparation à personne.

Vous m'avez commis l'achat de 600 mètres de toile à voiles, et, en me rendant dans les divers marchés voisins pour exécuter votre ordre, je tombe malade. Entre-temps, mon commerce souffre, mes marchandises ne se placent pas, et je ne puis satisfaire à mes engagements. Ce n'est plus le cas de dire avec le jurisconsulte romain : *Non fuisse me id damnum passurum, si id mandatum non suscepissem.* La maladie qui me ruine est bien survenue à l'occasion ou pendant l'exécution de votre mandat, mais on ne saurait dire que le mandat en est la cause, *fato contigit extrà causam mandati.* Car, qui pourrait affirmer que, lors même que je n'eusse reçu de vous aucun ordre, le même accident ne m'aurait pas frappé ? *Hæc magìs casibus quàm mandato imputari debent.* Mais si, dans l'espèce d'une commission gratuite, ou même d'une commission salariée, sans stipulation d'un surcroît de salaire à

Digitized by Google

raison du péril que je pouvais courir, je suis allé, par votre ordre, vendre vos marchandises dans un pays qu'occupait l'ennemi, qui m'a arrêté et emprisonné, c'est encore le cas d'une décision toute différente. En effet, vos marchandises ne devant être vendues que dans l'endroit désigné, il me fallait y aller pour en opérer la vente. Le risque que j'avais à courir est donc un risque dépendant de la gestion de l'affaire. Je ne m'y serais pas exposé sans le mandat que vous m'avez confié. Par conséquent, il est très-juste que j'obtienne une indemnité.

Inutile de multiplier ces exemples. On ne les donne ici que comme de simples indications. La matière ne peut être régie par des principes fixes. Quand peut-on dire que le préjudice provient moins du mandat, que des événements fortuits ou insolites dont le mandat n'est pas la cause? Tout dépend, dit Domat, « de la qualité de l'ordre qu'il « faut exécuter, du péril s'il y en a, de la nature de l'évé- « nement qui a causé la perte, de la liaison de cet événe- « ment avec l'ordre qu'on a exécuté, du rapport de la « perte et du dommage souffert à l'affaire qui en a été « l'occasion, de la qualité de la personne et de celle de la « perte, de la nature et de la valeur des choses perdues, « des causes de l'engagement entre celui qui a donné « l'ordre et celui qui l'exécute, et des autres circonstances « qui peuvent charger l'un de la perte et en décharger « l'autre. » (Liv. 1er, tit. 5, sect. 2.)

Voilà une règle des plus complexes; c'est cependant la seule qu'il nous soit possible de proposer. Encore une fois, tout dépend des circonstances.

105. — Quant au *negotiorum gestor*, il faut distinguer celui qui s'est constitué tel sans aucun mandat préalable, de celui qui, ayant un mandat, le devient par l'effet du

Digitized by Google

cas fortuit ou du cas insolite. Le premier n'a évidemment droit à aucune indemnité des pertes qu'il éprouve à l'occasion d'une gestion qu'il s'est spontanément imposée à l'insu du maître qui ne profite pas de ces mêmes pertes : *Alia gestoris ratio est cui non sufficit bonâ fide negotium gessisse nisi utiliter gesserit* (Faber, *Ration.*, t. 5, p. 109, col. 1). Le second, au contraire, doit être indemnisé quand il se trouve dans les conditions indiquées t. 2, n° 82.

Digitized by Google

§ III.

DE L'OBLIGATION DU COMMETTANT D'INDEMNISER OU DE GARANTIR LE COMMISSIONNAIRE DES ENGAGEMENTS PERSONNELS QU'IL A CONTRACTÉS.

SOMMAIRE.

106. Pothier, parlant de l'obligation du mandant d'indemniser le mandataire des déboursés qu'il a faits et des engagements qu'il a contractés pour l'exécution du mandat, raisonne d'après le droit romain, où le mandataire contracte en son propre nom; le Code civil présuppose que le mandat est exécuté dans le nom du mandant.

107. Difficulté de saisir le sens de l'art. 1998 du Code civil; d'où provient cette difficulté.

108. Il ne s'agit dans ce paragraphe que des obligations à la charge du commettant envers le commissionnaire; de telles obligations peuvent exister, sous quelque nom que la commission soit exécutée; exemples; droit du commissionnaire de retenir la chose jusqu'à parfait payement; ce droit s'évanouit avec la possession.

109. Mais *quid juris*, lorsque le commissionnaire a contracté des engagements personnels pour l'exécution du mandat? Si les parties ont réglé d'avance comment le commissionnaire obtiendra satisfaction, *conventio dat legem contractui;* mais lorsque, la convention n'ayant rien prévu, le commissionnaire s'engage personnellement, celui-ci

Digitized by Google

a-t-il action contre le commettant? Quand, et à quelle fin?

110. D'abord une action appartient au commissionnaire; passage de Doneau; et cette action, il peut l'exercer avant l'exécution de ses propres engagements; loi 45, D. *Mand.*; passage du président Favre.

111. Comment, dans le droit romain, il était pourvu d'avance à la sûreté personnelle du mandataire; Pothier indique le premier moyen, la novation; mais il s'écarte à tort du second, qui consiste à garantir le mandataire; diverses citations tirées de la loi romaine et du commentaire de Favre.

112. La garantie que le commettant doit au commissionnaire peut intervenir de plusieurs manières; exemples; lorsque sur l'offre d'une garantie le commissionnaire refuse, tout se réduit à en examiner la solidité; mais si le commettant ne veut aucunement pourvoir aux sûretés qu'il doit, c'est le cas de l'y contraindre par justice; comment on peut obtenir ce résultat.

113. Le commettant qui, pour libérer le commissionnaire, lui paye comptant ce que celui-ci ne doit qu'à terme, a-t-il droit à la bonification de l'escompte? Il y a droit, si c'est le commissionnaire qui exige des garanties; *secùs*, s'il ne demande rien, et si c'est le commettant qui le force à recevoir.

114. Tout ce qui vient d'être dit du commissionnaire est applicable au *negotiorum gestor*, pour les engagements que le gérant a contractés dans la juste mesure d'une bonne administration.

115. En général, le commissionnaire a droit d'exiger des sûretés, dès qu'il a contracté des engagements personnels pour l'exécution du mandat; mais il ne peut rien demander avant d'avoir acquitté son obligation personnelle lorsque le mandat est de cautionner le mandant, tandis qu'il en est autrement lorsque le mandat est de cautionner un tiers; pourquoi cette différence; même distinction doit être faite, quand le cautionnement, au lieu d'être donné pour procurer du terme au mandant débiteur, a pour objet de lui faciliter un emprunt ou de lui obtenir un crédit.

Digitized by Google

116. Le principe que, sauf convention contraire, celui qui cautionne son mandant n'a d'action contre lui qu'après avoir payé, n'est pas absolu ; exemples de diverses exceptions ; passage du président Favre.

117. Il est un cas où le commissionnaire ne peut demander des sûretés pour ses engagements personnels : c'est lorsque étant *du croire* il est chargé de vendre ou de recouvrer, et que l'échéance de son engagement coïncide avec celle de ses obligations envers le commettant.

106. — Pour éviter des redites et une complication inutile, nous supposons le mandat irréprochablement exécuté. Dans l'hypothèse inverse, il est clair que le commettant qui ne ratifie pas ne peut être tenu d'aucune obligation, ni envers le commissionnaire lui-même, ni envers les tiers avec lesquels le commissionnaire a traité.

Voici ce que dit Pothier (*Mand.*, n° 80) : « Le mandant doit indemniser entièrement le mandataire de la « gestion de l'affaire dont il a bien voulu se charger : cette « indemnité ne consiste pas seulement *à rembourser le « mandataire des déboursés qu'il a faits ;* il faut que l'in- « demnité soit entière, qu'il soit déchargé des obligations « qu'il a contractées pour l'exécution du mandat. Le man- « dant est donc obligé, *obligatione contrariâ mandati*, de « lui procurer cette décharge... »

Mais, en s'exprimant ainsi, Pothier raisonne d'après le droit romain, où le mandataire exécutait toujours le mandat en son propre nom, *nusquàm exclarando nomen sui principalis*. Le Code civil, au contraire, sans interdire, il est vrai, ce mode d'exécution, fonde toute l'économie de son système sur la présupposition que le mandat doit être exécuté dans le nom du mandant. Il le dit même en toutes lettres (art. 1984) : « Le mandat ou procuration est un « acte par lequel une personne donne à une autre le pou-

Digitized by Google

« voir de faire quelque chose pour le mandant *et en son* « *nom.* »

107. — Le mandat ainsi défini par le législateur lui-même, on n'aperçoit pas, au premier aspect, quel est le sens de de l'art. 1998, qui porte : « Le mandant est tenu d'exé- « cuter les engagements contractés par le mandataire, « conformément au pouvoir qui lui a été donné, etc. ; » car, de deux choses l'une : ou le mandataire a contracté en son propre nom les engagements dont il s'agit, et alors le mandant n'est nullement tenu de leur exécution envers le tiers, *personam contrahentium non egrediuntur contractus ;* ou il a traité *nomine procuratorio*, et, dans ce cas, comme le dit Pothier, n° 87, « il ne contracte aucune « obligation envers les personnes avec lesquelles il con- « tracte en cette qualité, parce que ce n'est pas lui qui est « censé contracter ; il ne fait qu'interposer son ministère, « par lequel le mandant est censé contracter. » Ainsi, quel que soit le contrat fait par un tel mandataire dans la limite de ses pouvoirs, il est inexact de dire qu'il *contracte des engagements.*

A s'en tenir au texte de l'art. 1998, il serait donc difficile d'en déterminer la signification. D'où provient la difficulté ? D'une lacune toute pareille à celle que nous avons signalée dans l'art. 92 du Code de commerce. Ce dernier article veut dire que le commissionnaire qui agit au nom du commettant, ne prend envers les tiers aucun engagement personnel (V. n° 42) ; et l'art. 1998 du Code civil signifie que c'est au mandant seul qu'incombe l'obligation d'exécuter envers les tiers le contrat fait par son mandataire. Il y a donc une incise à sous-entendre dans cet art. 1998, qui doit être lu comme suit : « Le « mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés

Digitized by Google

« (*pour lui et en son nom*) par le mandataire, conformé-
« ment au pouvoir qui lui a été donné. »

108. — Au reste, il ne s'agit pas, quant à présent, des obligations du commettant envers les tiers ; il en est traité dans le chapitre qui suit. Il n'est question ici que des obligations qui naissent du mandat à la charge du commettant envers le commissionnaire. Or de telles obligations peuvent exister, sous quelque nom que la commission soit exécutée. Par exemple, quand j'achète de votre ordre et pour votre compte, *v. g.*, 20 barils de sirop, que l'achat se fasse en mon nom ou au vôtre, je puis vous forcer à prendre livraison de la marchandise et à m'en rembourser le prix dont je n'avais pas promis de faire l'avance. Vous ne pouvez même pas m'abandonner la chose pour vous dégager de votre obligation. C'est ce que décide Ulpien dans la loi 12, § 9, D. *Mand.*, et le jurisconsulte ajoute qu'il en sera de même si vous m'avez chargé d'une chose, quelle qu'elle soit, qui aura été pour moi l'occasion de quelque dépense : *Simili modo et si quid aliud mandaveris, et in id sumptum fecero.*

Lorsque c'est le commissionnaire qui exige qu'on le paye et qu'on prenne livraison, le cas est fort simple : ou le commettant s'expédiera volontairement, ou il y sera contraint par les voies judiciaires.

Si c'est le commettant qui exige la chose, il ne peut l'exiger, alors même qu'elle a été achetée de ses deniers, qu'en offrant de rembourser actuellement les avances et les frais dus au commissionnaire qui peut la retenir jusqu'à parfait remboursement. En vain le demandeur invoquerait-il son droit de propriété : le droit de rétention passe avant tout autre : *Retentio eorum pro quibus debitum aliquod contractum fuit, cuilibet permittitur* (Casareg., Disc. 22, n° 8). Cette rétention n'est pas moins conforme

Digitized by Google

au droit qu'à l'équité; car le commettant ne peut demander la chose, que sa demande ne soit à l'instant repoussée par cette exception : *payez ce qui est dû;* la chose en répond; c'est une sorte de gage, *quasi quoddam pignus.* « Le man- « dataire, dit l'art. 774 du Code portugais, a droit de « retenir et de ne pas remettre l'objet de l'opération à lui « confiée, jusqu'à ce qu'il soit payé de tout ce qui lui est « dû en conséquence du mandat » (1). Rien n'est plus naturel. Le commissionnaire a une action pour obtenir son remboursement; il est donc très-juste qu'il use d'une rétention qui le lui assure : *plus cautionis est in re quàm in personâ.*

Du commettant au commissionnaire ce droit de rétention est incontestable. Peut-il être contesté par les créanciers du commettant failli? C'est ce qu'on verra au chapitre 6. Observons seulement que, comme nous ne saurions retenir une chose qu'autant que nous en ayons possession, le droit s'évanouit dès que nous cessons de la posséder, à la différence du privilége, qui peut subsister et suivre son objet en quelques mains que cet objet se trouve.

109. — Mais ce n'est pas uniquement à raison de frais ou d'avances que le commettant peut devenir créancier, ou avoir une action contre le commettant. Souvent il contracte des engagements personnels pour l'exécution du mandat, par exemple, en souscrivant des billets de prime pour l'assurance qui lui a été commise, ou en réglant en ses billets à terme la facture de marchandises achetées et

(1) O mandatario tem direito a reter e a não entregar o objecto da operacão a elle commettida até que seja pago de todo o que l'he é devido em consequencia do mandato.

Digitized by Google

expédiées pour compte. *Quid juris* dans ces cas et autres semblables?

Il faut distinguer. Si, comme il arrive ordinairement, les parties ont réglé d'avance comment, à quelle époque, par quel moyen le commissionnaire obtiendra satisfaction ou sécurité, il faut suivre la convention ; c'est la loi des contractants : *Conventio dat legem contractui.* Le cas est donc sans nulle difficulté.

Mais la question n'est pas aussi facile, *et longè ab alterâ distat*, lorsque, la convention n'ayant rien prévu, je m'engage personnellement pour votre compte ; cas peu fréquent, il est vrai, mais non impossible. Ai-je une action contre vous? Cette action, si elle m'appartient, quand naîtra-t-elle? A quelles fins pourrai-je l'exercer? Voilà sur quoi il importe de se fixer.

110. — D'abord, qu'une action m'appartienne, impossible d'en douter; car, comme le dit Doneau (Liv. 13) : « Qu'il ait fait une dépense ou une perte, ou qu'il se soit « obligé pour autrui, qu'importe? Le mandataire est « toujours à découvert; au premier cas, il engage son « patrimoine; dans le second, sa liberté, astreint qu'il est « par la nécessité de payer » : *Abesse procuratori intelligitur, sive quid impendit amisitve, sive alieno nomine se obligavit; illic pecunia, hic libertas quæ necessitudine solvendi susceptâ amissa est.*

Mais cette action, quand pourrai-je l'exercer? Avant l'exécution de mes propres engagements, ou après? Il faut répondre, avec le jurisconsulte Paul, que vous êtes mon obligé dès que j'ai rempli la commission, *mandati me agere posse* (L. 45, § 5, D., *Mand.*). En effet, qui me charge d'un mandat ne peut raisonnablement croire que je le servirai non-seulement de ma bourse, mais en-

Digitized by Google

core de mon crédit, et que je payerai provisoirement pour lui en vendant peut-être mes propriétés, sauf à lui demander ensuite un remboursement que sa faillite pourra rendre nul, ou à faillir moi-même si je me trouve dans l'impuissance de payer : *Interest enim nostrâ non modò non solvere potiùs quàm solutum repetere, sed etiàm, ac multò magis res nostras non vendere, quàm id quod nostrâ eo nomine posteà intererit, recuperare. Neque verò mandatum susceptum videri potest ut mandatarius rem suam vendere cogeretur* (Faber, *Ration.*, t. 5, p. 90, col. 1). Il doit donc être pourvu d'avance à ma sûreté personnelle.

111. — Maintenant comment y pourvoir? Que puis-je demander? Le droit romain offre deux voies. Le créancier qui n'a suivi que la foi du mandataire ne peut être forcé à changer de débiteur : *Neque fidem tuam non meam secutus, cogendus est, quandò tecum non mecum contraxerit* (Fab., *ubi sup.*). Toutefois, s'il y donne les mains, le mandant se constitue débiteur à la place du mandataire, qui, par ce moyen, se trouve libéré. Ce mode de libération est indiqué par Pothier (*loc. cit.*). Il peut, sans nul doute, être pratiqué dans les affaires commerciales tout aussi bien que dans les affaires civiles. Mais la pratique en doit être fort rare dans le commerce ; car, le plus souvent, celui dont l'affaire est faite réside dans une place éloignée, quelquefois même en pays étranger. Or, il n'est pas naturel qu'un créancier qui ne s'est mis à découvert qu'eu égard à la confiance que lui inspiraient la probité et la solvabilité du commissionnaire, consente à perdre un débiteur qu'il connaît, pour en prendre un qu'il ne connaît pas.

Le second moyen que Pothier indique, c'est que le

Digitized by Google

mandant paye *hìc et mùnc* au mandataire la dette que celui-ci a contractée à terme. Mais, il faut bien le dire, ce mode est arbitraire et sans raison ; car pourquoi vouloir que le commettant ait plus de confiance dans le commissionnaire, que le commissionnaire n'en témoigne au commettant ? Aucun d'eux n'est à l'abri d'un revers de fortune. Un payement anticipé ne peut donc être que l'effet de la volonté du mandant; il serait contre toute justice de lui en imposer l'obligation.

Aussi faut-il remarquer qu'en cet endroit Pothier s'écarte entièrement du droit romain. Selon ce droit, quand le créancier se refuse à la novation, le mandant, il est vrai, n'en reste pas moins l'obligé du mandataire ; mais son obligation n'est pas de donner, elle est de faire : *Faciendi causâ, non dandi tenebitur, et est æquum* (L. 45, § 5, D., *Mand.*). Que décider, se demande le président Favre en commentant cette loi, si le créancier ne veut pas changer de débiteur ? *Quid ergò si creditor tuus debitorem mutare nolit ?* Dans ce cas, je demeure obligé, et dois vous garantir d'avance : *Hoc casu manebo quidem obligatus, sed cavere tibi debebo te defendendo.* Vous pouvez donc agir contre moi pour obtenir caution ; rien n'est plus fréquent dans les actions de bonne foi : *Dabitur ergò mandati actio contrà me ad interponendam cautionem, quod et in aliis bonæ fidei judiciis frequentissimum est* (*Ration.*, *loc. cit.*).

112. — Au reste, la garantie que doit le commettant peut intervenir de plusieurs manières autres que le cautionnement même. Il peut la donner, par exemple, en munissant le commissionnaire d'effets à terme et de tout repos, en lui conférant une hypothèque, en lui remettant des marchandises en nantissement, en acceptant des

Digitized by Google

traites à une échéance calculée sur celle de l'obligation personnelle du garanti, etc. ; tout cela dépend de la convention.

Lorsque le commettant offre quelqu'une de ces garanties, et que le commissionnaire ne veut pas s'en contenter, tout se réduit à en discuter la suffisance et la solidité. C'est un point de fait, une question où le juge est laissé appréciateur suprême. Il arbitre suivant les circonstances, *ex æquo et bono.* Il décide donc si l'offre est suffisante, s'il y a lieu à la compléter, et comment elle sera complétée.

Mais si le commettant se refuse à tout moyen de pourvoir aux sûretés qu'il doit, le juge le condamnerait, sur la demande du commissionnaire, *v. g.*, soit à fournir une caution solvable, et, à défaut, à payer une somme de..... pour chaque jour de retard, ou bien encore en des dommages-intérêts à partir du jour de l'échéance des engagements contractés par le commissionnaire, ce qui donnerait à celui-ci la faculté de prendre hypothèque et de faire tous autres actes conservatoires de ses droits, pour le cas où le commettant ne payerait pas le créancier; en un mot, le juge aviserait selon les circonstances: *Si tamen quis agat ex justâ causâ, condemnationem fieri* (*receptum est*) *non solùm ad interponendam cautionem, sed ad aliud quodlibet quod æquum videatur* (Faber, *ubi sup.*).

113. — On a vu, n° 111, *in fine*, que, sans être tenu de faire actuellement les fonds qu'exigera la libération du commissionnaire, il a pourtant la faculté de les lui verser par anticipation. La chose est évidente. Mais, en payant comptant au commissionnaire ce que celui-ci ne doit qu'à terme, a-t-il droit à la bonification de l'escompte? Il y a droit, selon nous, si c'est l'exigence du

Digitized by Google

commissionnaire qui le place dans l'alternative nécessité de donner des garanties qu'il n'a peut-être pas à sa disposition, ou de faire le versement anticipé. Mais quand le commissionnaire ne demande rien, et que c'est la commettant qui le force à recevoir, il ne nous paraît pas juste qu'il puisse retenir l'escompte, le commissionnaire ayant à dire qu'il n'a pas besoin de cette somme, et que c'est bien assez qu'il réponde du cas fortuit qui peut la faire périr.

114.—Tout ce qui vient d'être dit du commissionnaire est applicable au *negotiorum gestor*. Le maître étant tenu envers le gérant des engagements personnels que celui-ci a contractés dans la juste mesure d'une bonne administration, sa condition, sous ce rapport, s'identifie avec celle du commissionnaire (L. 45, § 2, D. *Mand.* ; art. 1375 C. civ.).

115.—En général, le commissionnaire est en droit d'exiger des sûretés aussitôt qu'il a contracté des engagements pour parvenir à l'exécution du mandat; mais il est une espèce dans laquelle il ne peut ordinairement rien demander qu'après avoir acquitté lui-même la dette au payement de laquelle il s'était obligé : c'est lorsque le mandat est de se porter caution du mandant, *v. g.*, quand vous exécutez mon ordre de cautionner mes obligations échues chez Jacques. La raison en est sensible et se fonde sur la nature particulière d'un tel contrat. En effet, son but n'étant autre que de me procurer du repos et du terme pour payer, il est évident qu'il ne remplirait pas sa fin si vous pouviez incontinent me demander en justice le versement des fonds, ou des sûretés pour vous garantir du cautionnement que vous avez souscrit. Autant et mieux aurait valu ne pas me cautionner.

Digitized by Google

Il n'en est plus ainsi lorsque mon mandat est de cautionner Salomon. Nous ne pouvons, il est vrai, lui demander aucune garantie, moi, par la raison qui fait que je n'en dois pas dans l'espèce précédente; vous, parce que le cautionné n'est point partie dans notre contrat. Mais, de vous à moi, la chose est différente; car je ne suis pas le débiteur pour qui votre cautionnement a obtenu du terme, et c'est à ma requête que vous avez cautionné Salomon. Vous avez donc contracté un engagement pour l'exécution de mon mandat, et, comme c'est à découvert que vous l'avez contracté, *abesse tibi intelligitur*, je dois vous donner sûreté, *cavere tibi de te defendendo.*

La même distinction est à faire lorsqu'au lieu d'être donné dans le but de procurer au débiteur la prolongation du terme de sa dette échue, le cautionnement commandé a pour objet de faciliter un emprunt ou d'obtenir du crédit. Quand je cautionne mon mandant lui-même, je suis réputé m'en être reposé sur sa probité et sur sa solvabilité. L'entendais-je autrement, il fallait m'en expliquer. Mais il est dans ses obligations de pourvoir à ma sûreté si j'ai, par son ordre, cautionné un tiers qui m'est peut-être inconnu, contre lequel je ne puis avoir d'action qu'autant que j'aurai payé et après son terme échu, époque à laquelle le mandant et le cautionné pourraient tous deux être tombés en faillite : *Multò justius est jura ab initio intacta servare, quàm post vulneratam causam remedium frustrà quærere* (Faber, *Ration.*, t. 5, p. 86, col. 1).

116. — Le principe qui veut qu'à moins de convention contraire, celui qui cautionne la dette de son mandant n'ait d'action contre lui qu'après avoir payé, n'est pas un principe absolu (V. art. 2032 C. civ.; L. 38, D., *Mand.*).

Digitized by Google

La poursuite de la caution en justice pour le payement, et la faillite du débiteur, voilà les deux exceptions qui se présentent le plus fréquemment dans le commerce. Mais ces deux cas ne sont que démonstratifs. Il peut s'en offrir d'autres où le commissionnaire qui a cautionné son commettant aurait le droit de lui demander, sinon un payement actuel, du moins des sûretés. Ces cas sont les mêmes que ceux où il est autorisé à renoncer au mandat par des motifs puisés dans une juste crainte de perdre ses avances, encore bien que le commettant ne soit pas en faillite ouverte (V. t. 2, n° 187). Il s'agit alors bien moins d'une question de droit, que d'une question de fait sur laquelle le juge prononce *ex æquo et bono*, après avoir mûrement examiné toutes les circonstances : *De fidejussore agente priùsquàm solvat ad hoc liberetur, non tàm juris est* (*quæstio*) *quàm facti.... Bonus judex æstimare debet quid in hujusmodi quæstionibus pronunciare debeat, circumstanciis facti omnibus benè perpensis et examinatis, ex personâ scilicèt debitoris, ut sive jam inops, sive vergat ad inopiam, aut quod malis sit moribus, et bona sua dissipet et prodiget* (Faber, *ubi sup.*, col. 2).

117. — Néanmoins il est une espèce où le commissionnaire ne peut jamais demander aucune sûreté, quels que soient les engagements qu'il a contractés. C'est lorsqu'il reste *du croire*, chargé de vendre ou de recouvrer, et que l'échéance de son engagement envers le tiers coïncide avec celle de son obligation envers le commettant. Par exemple, en vous consignant des marchandises que vous avez vendues 20,000 fr. payables le 1er janvier prochain, je vous avais mandé de donner votre aval à une traite sur Jacques, laquelle est exigible le même jour. En principe, vous auriez droit, *antè solutionem*, à une ga-

Digitized by Google

rantie de l'engagement contracté pour moi. Mais ce droit est amorti par l'effet du *del credere;* car de quelles sûretés pouvez-vous avoir besoin, quand il est sûr que vous me devez 20,000 fr., le jour même où il est possible que je vous en doive 5,000?

Mais si la traite sur Jacques n'échoit, *v. g.*, que le 1er février, vous avez droit de retenir pour garantie 5,000 fr. sur les 20,000, si mieux je n'aime vous donner caution ou quelque autre sûreté qui, à défaut de convention, serait arbitrée par le juge.

Digitized by Google

§ IV.

DE LA SOLIDARITÉ ENTRE PLUSIEURS COMMETTANTS.

SOMMAIRE.

118. Suivant le Code civil, plusieurs mandants qui donnent une procuration collective sont solidaires; mais plusieurs mandataires qui acceptent un mandat ne deviennent solidaires qu'autant que la solidarité a été exprimée; d'où provient cette différence.
119. Encore bien que le commissionnaire ne rende pas un service officieux, la solidarité des commettants envers lui n'en est ni moins juste ni moins conforme au droit.
120. Le même avantage ne peut appartenir au *negotiorum gestor* qui a géré une affaire commune à plusieurs, alors même que cette affaire serait indivisible.
121. Le *negotiorum susceptor* une fois ratifié devient rétroactivement commissionnaire; par suite tous les ratifiants sont solidairement tenus; lorsque chacun ratifie séparément et que le commissionnaire y consent, plus de solidarité, si ce n'est entre ceux qui ont concouru à une même ratification.
122. *Quid juris*, si, une affaire ayant été faite *contemplatione plurium*, un seul ne veut ratifier qu'en partie, ou bien offre de ratifier pour le tout?

118. — Après ce que nous avons dit, n° 22 *et passim*,

Digitized by Google

de la solidarité entre commissionnaires, il reste peu à dire sur celle qui s'établit entre commettants.

« Lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs « personnes pour une affaire commune, chacune d'elles « est tenue solidairement envers lui de tous les effets du « mandat » (art. 2002 C. civ.).

Ainsi se trouve assurée, autant qu'elle peut l'être, l'indemnité complète de quiconque accepte la procuration collective de plusieurs qui le chargent d'une même gestion.

Mais, art. 1995, « quand il y a plusieurs fondés de « pouvoir ou mandataires établis par le même acte, il « n'y a de solidarité entre eux qu'autant qu'elle est ex- « primée. »

D'où provient cette différence qui semble contraire au principe de l'égalité dans les contrats? *In contractibus bonæ fidei ultrò citròque obligatoria, æquitas et æqualitas, quantùm fieri potest, servetur* (Faber, *Ration.*, t. 5, p. 90, col. 1). M. Tarrible va nous le dire: « La solida- « rité entre plusieurs coobligés n'a lieu qu'autant qu'elle « est exprimée. Cette règle générale a dû être particu- « lièrement appliquée à plusieurs mandataires constitués « par le même acte, parce que leurs obligations prenant « leur source dans un service officieux, il est juste de « les resserrer dans leurs limites naturelles. Cette même « considération a dû mener à un résultat opposé, relati- « vement à plusieurs commettants qui ont donné un seul « mandat pour une affaire commune. Ils reçoivent le « service en commun, et chacun d'eux est tenu solidai- « rement d'indemniser le mandataire » (Rapport au Tribunat).

On le voit donc, le Code civil autorise bien le mandat salarié (art. 1986, 1999) ; la responsabilité en est plus

Digitized by Google

rigoureuse (art. 1992); mais rien de relatif à la solidarité. On n'a réglé celle-ci qu'en vue du mandat gratuit. Ainsi, les mandataires en sont exempts parce qu'ils rendent un *service officieux*, et les mandants y sont astreints parce qu'ils reçoivent gratuitement ce service.

119. — Certainement on ne saurait dire que le commissionnaire rende un service officieux à ceux qui lui confient l'exécution d'un même ordre; il fait son commerce. Mais leur solidarité n'en est ni moins juste ni moins conforme au droit. Elle est juste par la seconde raison que donne M. Tarrible et qui, selon nous, est la meilleure; c'est-à-dire, parce qu'ils profitent en commun d'une gestion que tous ont ordonnée. Elle est conforme au droit, parce que, ayant suivi la foi de tous et la foi de chacun d'eux, il est implicitement convenu que tous lui répondent de son indemnité, et, à son choix, un seul pour tous: *Paulus respondit unum ex mandatoribus in solidum eligi posse, etiamsi non sit concessum in mandato* (L. 59, § 3, D. *Mand.*). Il n'a point à s'enquérir, comme dans le droit civil, si l'affaire concerne tous les commettants, ou si elle ne concerne qu'un ou quelques-uns d'entre eux seulement. Par rapport à lui, l'affaire leur est commune; dès que tous l'en chargent, tous répondent solidairement de l'indemnité qui pourra lui être due.

120. — Le même avantage ne saurait appartenir au *negotiorum gestor* qui, par une même gestion, a géré une affaire commune à plusieurs propriétaires. La raison en est évidente. La loi, qui consacre la solidarité des mandants en faveur du mandataire, ne la prononce pas contre les maîtres en faveur du gérant. D'un autre côté, nulle convention possible entre eux puisque, dans le quasi-contrat,

Digitized by Google

les engagements réciproques naissent d'un fait purement volontaire de la part de celui qui a géré (V. t. 2, n° 83) ; et que la volonté de l'homme n'y est pour rien (V. *ibid.*, n° 86). Or, la solidarité ne peut jamais résulter que de la loi ou de la convention : de la convention expresse dans le droit civil ; d'une convention expresse ou tacite dans le droit commercial (V. t. 2, n°s 47 et suiv.). Alors même que la chose gérée serait indivisible *in se, v., g.*, un navire, une diligence, etc., le *negotiorum gestor* ne pourrait non plus poursuivre un des propriétaires *pour le tout*, action qui d'ailleurs ne produit pas tous les effets de la solidarité ; car, son indemnité se résumant toujours définitivement en une somme d'argent, il ne peut jamais se faire que la dette envers lui soit indivisible *solutione.*

121. — Quant au *negotiorum susceptor*, c'est-à-dire, celui qui fait, non l'affaire commune de plusieurs, mais une même affaire pour plusieurs, *contemplatione duorum vel plurium*, la chose est fort simple. N'est-il pas approuvé, l'affaire lui reste *pour compte* (V. t. 2, n° 119) ; si sa négociation est ratifiée, il devient rétroactivement un commissionnaire (V. *ibid.*, n° 133), et tous les ratifiants sont tenus solidairement. On suppose ici qu'agissant dans un intérêt commun, tous se réunissent pour donner la ratification ; car, si chacun ratifie séparément, et que le commissionnaire y consente, on ne saurait dire qu'il n'y a qu'un seul et même mandat opéré par la ratification ; autant de ratifications, autant de mandats distincts ; et alors plus de solidarité, si ce n'est entre ceux qui auraient concouru à donner une même ratification.

122. — On sait que, dans le droit civil, la stipulation pour autrui ne produit aucun effet (art. 1119) ; mais

Digitized by Google

nous avons vu, t. 2, nos 119 et suiv., qu'il n'en est pas ainsi dans le droit commercial. *Quid juris*, si j'ai acheté pour trois personnes, *v. g.*, 90 sacs de riz, et qu'une seule d'entre elles veuille ratifier? Aura-t-elle le droit d'exiger 30 sacs? Il faut répondre que non. Car ayant acheté pour trois, *contemplatione plurium*, on ne peut dire que j'aie acheté pour un; par conséquent, celui qui veut ratifier doit le faire pour le tout et prendre le tout. Mais aussi s'il m'offre de prendre les 90 sacs, je n'ai pas le droit d'en garder 60. La raison, c'est que je n'ai pas acheté pour moi, et que mon intérêt se réduit à être déchargé de mon obligation envers le vendeur et à recevoir mon droit de commission. Ainsi, dans le premier cas, j'ai acheté pour trois et non pour un seul; il faut donc que l'on ratifie et qu'on prenne le tout, ou qu'on me laisse la chose entière. Dans le second cas, je n'ai pas acheté pour moi; il faut donc que je cède le tout, si un seul ratifie et offre de tout prendre. Il y a encore moins de difficulté, lorsque la chose est indivisible

---

Digitized by Google

CHAPITRE QUATRIÈME.

Des obligations du commettant envers le tiers avec lequel le commissionnaire a traité.

SOMMAIRE.

123. Coup d'œil rétrospectif sur le double mode d'exécution du mandat : au nom de celui qui l'exécute ; au nom de celui qui l'a donné. Ce n'est que par ce dernier mode que le commettant peut se trouver l'obligé direct des tiers.

124. Nommer dès à présent celui dont il a mandat, promettre ou se réserver de le nommer plus tard, ainsi agit le commissionnaire, tantôt avec autorisation, tantôt sans y être autorisé. Ces deux hypothèses, qui en embrassent d'incidentes, marquent la division du présent chapitre.

125. Première hypothèse. Le commissionnaire qui traite au nom du commettant avec l'autorisation de traiter ainsi, n'est qu'un instrument, *nudum organum*. C'est, en réalité, le commettant qui traite. Mais il faut pour cela que le mandataire déclare contracter *au nom* du mandant ; il ne lui suffit pas de dire qu'il agit *pour compte* de celui-ci ; explications ; raison de cette nécessité.

Digitized by Google

126. Encore le commettant n'est-il l'obligé ni du tiers, ni du commissionnaire lui-même, qu'autant que le mandat a été exécuté selon sa forme, ou tout au plus dans les limites de ce mandat, quand l'excès n'en vicie pas totalement l'exécution. Raison du principe.

127. Le commissionnaire qui excède ses pouvoirs est ou n'est pas l'obligé du tiers, selon qu'il exhibe son mandat ou qu'il se borne à l'énoncer. Au premier cas, point d'obligation. Pourquoi. *Secùs* du second ; pourquoi encore.

128. Du cas où le commissionnaire, traitant provisoirement en privé nom, se réserve ou promet de nommer plus tard son commettant. La convention n'a rien d'illégitime. Une question qui embrasse tout le système et conduit à l'examen de la nature de cette convention, considérée, *v. g.*, comme un achat fait par le commissionnaire.

129. C'est le contrat *emptio-venditio* sous une condition tout à la fois résolutoire et potestative de la part de l'acheteur seulement. Mais, en tant que résolutoire, elle ne résout, lorsqu'elle s'accomplit, que la qualité d'acheteur, qui passe du commissionnaire au commettant par la nomination de celui-ci. La vente n'en subsiste pas moins. Pourquoi. En tant que potestative, elle ne vicie pas le contrat. Quelle en est la raison.

130. Conséquences raisonnées de ces explications : 1° Tous les droits actifs et passifs résultant de l'achat reposent sur la tête du commissionnaire, depuis le jour du contrat jusqu'au jour de la nomination. Suivant quelles distinctions s'applique, en ce cas, la règle *res perit domino.*

131. 2° L'acheteur peut, *antè diem*, renoncer à faire la nomination, et rendre ainsi le contrat pur et simple. Quels peuvent être alors les droits du commettant. Ces droits varient selon que le marché est déjà ou n'est pas encore exécuté entre le commissionnaire et le tiers.

132. 3° Le mandat produit ou notifié au tiers *intrà tempus*, le commissionnaire s'efface entièrement. Le commettant est réputé avoir contracté en personne. Effet rétroactif de cette nomination ; conséquences motivées de cet effet rétroactif.

133. Si la nomination n'est faite dans le délai convenu, le com-

Digitized by Google

missionnaire demeure personnellement engagé. Ce terme est de rigueur comme celui d'un réméré. Le cas fortuit lui-même ne relève point d'une telle déchéance. Pourquoi.

134. Au lieu de faire la réserve de justifier d'un mandat, il est possible que l'acheteur en prenne l'engagement, qui, non exécuté, peut donner lieu à des dommages et intérêts envers l'autre partie, laquelle n'est pas tenue d'exécuter le contrat en faveur du soi-disant commissionnaire. Exemple d'une pareille convention.

135. En jurisprudence civile, on ne distingue point entre acheter pour soi *et* pour quelqu'un qu'on nommera, et acheter pour soi *ou*, etc. L'effet des deux stipulations est toujours le même, à savoir que, par la nomination du command, le commandé disparaît entièrement du contrat. *Secùs*, dans le droit commercial. Motifs et conséquences de cette disparité.

136. Quelquefois le commettant joint à son mandat des instructions secrètes que le commissionnaire est tenu de suivre sous peine de dommages-intérêts ; mais, s'il s'en écarte, le commettant n'en est pas moins engagé envers le tiers pour qui le mandat ostensible est tout. Exemple.

137. Lorsque le mandat est de vendre par adjudication, le commissionnaire peut légitimement annoncer qu'il se réserve de retirer l'objet en cas que la dernière enchère n'atteigne pas un prix qui lui paraisse convenable. Mais il y a dol si, n'ayant pas fait une telle annonce, il aposte un affidé pour couvrir la dernière offre. Conséquences de ce dol par rapport au dernier enchérisseur qui en acquiert la preuve.

138. Si quelqu'un qui n'a ni n'affirme avoir mandat, fait l'affaire d'autrui, ou une affaire pour autrui, c'est le cas soit du *negotiorum gestor*, soit du *negotiorum susceptor*, et de la ratification accordée ou refusée en ce dernier cas. Renvoi au t. 2, ch. 3, §§ 1, 2, 3, 4.

139. Deuxième hypothèse : *quid juris*, quand le porteur d'un mandat traite *hìc et nùnc* au nom de son commettant qui ne l'a pas autorisé à l'emploi de ce mode, et lorsqu'il a fait un usage multiple de sa procuration?

Digitized by Google

A l'égard du commettant, le commissionnaire est tenu d'exécuter le mandat en son propre nom, à moins que le contraire ne lui ait été permis ou prescrit. Mais cette convention tacite n'opère qu'entre eux. Fondement du principe. Conséquence : le tiers a pour obligé le commettant si le contrat est fait au nom de celui-ci.

140. Même décision quand le commissionnaire exécute plusieurs fois le même ordre. Raisons de décider ainsi, appuyées de l'autorité de Pothier et d'Ansaldus. Exemple récent qui s'est présenté au tribunal de commerce de Marseille. Un moyen facile de prévenir l'abus, ou de n'en pas souffrir dommage.

123. — Un commissionnaire, avons-nous dit, n° 40 *et passim*, peut exécuter son mandat selon deux modes très-différents :

Sub proprio nomine, sans parler du mandant, ni promettre ou se réserver de le nommer en aucun temps;

Nomine procuratorio, c'est-à-dire, en nommant le mandant; ou bien avec promesse ou réserve de le nommer plus tard dans un délai convenu, ce qui n'a rien de contraire à la loi : *In jure non prohibitum invenimus pro personâ nominandâ contrahi posse* (Card. Mantica, *De tacit. et dub.*, lib. 14, tit. 28, n° 22).

Ce qui concerne le premier mode d'exécution est amplement expliqué dans le chap. 2, où l'on a vu qu'en ce cas nulle obligation ne se forme du commettant envers le tiers, *et vice versâ*. Tout est dit à ce sujet. Inutile d'y revenir. Le commissionnaire seul est engagé : *Ea semper persona remanet obligata, cujus intuitu ac respectu contractus reperitur celebratus, licèt contrahens animum habuerit effectivè stipulandi pro alio* (Ansald., Disc. 12, n° 7).

Le second mode est donc le seul d'après lequel le

Digitized by Google

commettant se trouve l'obligé direct du tiers, et réciproquement.

124. — Or, le commissionnaire peut, soit traiter *hic et nunc* au nom du commettant, soit promettre ou se réserver de le nommer *in diem*, parce qu'il en a reçu l'ordre ou l'autorisation. Il peut aussi avoir traité de cette manière sans y être autorisé, ou même en faisant de son mandat un abus coupable, *v. g.* en l'exécutant plus d'une fois. Ces deux cas principaux, auxquels se rattachent des questions incidentes, doivent être l'objet de quelques explications.

1° Du cas où le commissionnaire a reçu le pouvoir, soit de traiter dès à présent au nom du commettant, soit de traiter avec réserve ou promesse de le nommer plus tard.

125. — Lorsqu'en vertu de ses instructions le commissionnaire agit au nom du commettant, *procuratorio nomine*, il n'est qu'un instrument, un simple exécuteur de la volonté d'autrui ; *nudum remansit organum*, suivant l'expression d'Ansaldus. Tout se passe réellement entre le tiers et celui dont l'ordre s'exécute. Ce sont eux seuls qui traitent ; eux seuls acquièrent des droits ou se soumettent à des obligations : *Quandò contrahens cùm alterius procuratore scit illum esse talem, censetur cum illo uti tali contrahere, et obligationem suam astringere in gratiam solius constituentis. Solum constituentem, non autem procuratorem sibi potest habere obligatum* (Casareg., Disc. 119, n° 36) ; en un mot, nulle obligation personnelle de la part du commissionnaire qui contracte, à bon droit, au nom et pour compte d'autrui.

Nous disons *au nom*, et non pas seulement *pour compte ;* car si l'exécuteur d'un mandat veut que l'obligation ne lui

Digitized by Google

soit pas propre, il faut qu'il exprime, au moins équivalemment, sa qualité de mandataire. L'énonciation d'un *pour compte* serait insuffisante.

En effet, qu'il soit dit que Jacques vend ou achète pour compte de...., ce que les factures expliquent, *v. g.*, en ces termes : Vendu pour compte de Pierre à Salomon... signé Jacques; ou, Vendu à Jacques pour compte de Salomon..... signé Pierre; ces expressions montrent bien que Jacques n'a ni acheté ni vendu pour s'appliquer à lui-même l'objet de l'achat, ou le prix de la vente; mais elles n'emportent point que Jacques a traité *nomine procuratorio*, ni par conséquent que sa foi n'a pas été suivie. C'est un cas parfaitement analogue à celui mentionné n° 53, où l'on voit un commissionnaire personnellement et seul obligé, bien qu'il eût déclaré acheter les soieries pour son commettant, qu'il nommait et qui l'accompagnait dans le magasin du vendeur : *Verba illa compatibiliter et regulariter præ se ferunt contemplationem personæ cujus intuitu et favore actus geritur, non autem important expensionem alieni nominis.* Ces expressions se réfèrent à l'intention et au but que se propose celui qui agit; mais elles n'impliquent pas qu'il agit au nom d'autrui : *Referri valent ad intentionem et causam finalem..... non quod ejus* (*alterius*) *nomine contraxerit* (Ansald., Disc. 30, n°s 28, 32).

126. — Mais une fois que le marché s'est fait dans le nom du commettant et avec son autorisation, il est évidemment lié par tous les engagements que le commissionnaire y a contractés, car c'est précisément comme s'il les eût souscrits lui-même : *qui mandat, ipse fecisse videtur.* Il ne l'est toutefois ni envers le tiers, ni envers le commissionnaire, qu'autant que le mandat a été exécuté

Digitized by Google

selon sa forme, ou tout au plus dans les limites de ce mandat quand l'excès n'en vicie pas totalement l'exécution, suivant les principes exposés et les distinctions faites dans le paragraphe relatif à l'obligation du commissionnaire d'exécuter la commission conformément à son prescrit. On en a vu la raison : c'est que le commettant ne peut être engagé contre sa volonté par le fait du commissionnaire, et que le tiers est en faute pour n'avoir pas lu le mandat, et plus en faute encore s'il a volontairemen concouru à le transgresser.

127. — Quant au commissionnaire qui en a exédé les limites, on juge qu'il est ou n'est pas l'obligé du tiers, selon qu'il a exhibé ses pouvoirs, ou qu'il s'est borné à les énoncer.

Au premier cas, nul recours contre lui, car il n'a été, comme on vient de le dire, qu'un simple instrument sans volonté qui lui fût propre, *merè nuntius*. La transgression n'est donc pas de son fait. On ne peut l'attribuer qu'à l'autre partie, qui, ayant été mise à lieu de comprendre la volonté du commettant, devait y conformer la sienne, ou s'abstenir de traiter.

Dans le second cas, le tiers négocie sur la foi d'une procuration dont l'existence lui est affirmée. Par rapport au commettant, c'est une imprudence. Mais le commissionnaire, auteur de cette affirmation, de quel droit se plaindrait-il qu'on l'ait cru sur parole, et jugé incapable de trahir ses devoirs par un mensonge ou l'abus d'un mandat? Il est donc très-juste qu'il réponde de la vérité de ce mandat et de son exécution conforme : *Asserens mandatum vel commissionem habere contrahendi pro altero, remanet obligatus, quousquè doceat de mandato vel ratificatione ejus cujus nomine promisit aut contraxit*

Digitized by Google

(Ansald., Disc. 30, n° 8). En conséquence, s'il n'est justifié du mandat, ou, au besoin, de la ratification du commettant, le tiers a pour obligé le commissionnaire dont la fausse assertion l'a induit en erreur.

128.— Quelquefois, au lieu d'agir en nom qualifié, le commissionnaire contracte en privé nom, mais avec réserve ou promesse de justifier plus tard de son mandat, et de nommer la personne pour compte de laquelle se fait la négociation. Le command, dans le droit civil, l'assurance, dans le droit commercial, offrent des exemples journaliers de ces sortes d'engagements ; leur validité n'est pas douteuse, on le répète, puisqu'ils n'ont rien de contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, et que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Mais il importe de savoir par quels principes ils sont régis.

Lorsque, stipulant en mon nom, j'achète votre brick *la Chevrette*, avec déclaration que c'est *d'ordre et pour compte* de quelqu'un que je me réserve de nommer, *v. g.*, au plus tard le 1er janvier prochain, quel est, en droit, l'effet d'un tel contrat depuis le jour où il est fait jusqu'au jour de la nomination à faire ?

129.—Il faut, avant tout, en déterminer la nature. C'est un contrat de vente, *emptio-venditio*, sous une condition tout à la fois résolutoire et potestative. Mais, en tant que résolutoire, elle ne tombe pas sur la vente même, qui a, dès ce moment, toute la stabilité dont elle est susceptible. Cette condition n'affecte que moi seul, et en ce sens seulement qu'acheteur aujourd'hui, je puis demain m'en substituer un autre, en sorte que la convention sera résolue en ce point unique que c'est moi qui avais acheté. En

Digitized by Google

tant que potestative, de ma part exclusivement, la même condition ne vicie pas le contrat; car il n'est pas en mon pouvoir de le résoudre *pro arbitrio*, dans les choses qui constituent son essence, *res*, *pretium et consensus*. Tout ce que je puis résoudre, c'est la qualité en laquelle j'ai traité. Il y aura toujours une vente; l'acheteur seul sera changé.

130. — Il résulte de ces explications que, la vente étant parfaite *ab initio*, tous les droits actifs et passifs qui dérivent de l'achat reposent sur la tête du commissionnaire, depuis le jour du contrat, jusqu'au jour de la nomination : *Antè factam declarationem seu nominationem, omne jus contractûs remanet penès nominantem* (Casareg., Disc. 10, n° 93). Il s'ensuit, par exemple, entre autres conséquences, que si, dans l'intervalle, la marchandise est détruite par un cas fortuit, elle ne périt pas pour un vendeur qui n'est ni en faute, ni en demeure de la livrer, mais pour le commettant on pour le commissionnaire : pour le commettant, s'il existe un mandat, et qu'il ait été bien exécuté; pour le commissionnaire, s'il ne justifie pas d'un pouvoir, ou qu'il en ait franchi les bornes.

131. — Secondement, la condition n'ayant été stipulée entre le vendeur et le commissionnaire que dans l'intérêt de celui-ci, et n'étant potestative que de sa part, il peut, *antè diem*, notifier à l'autre partie qu'il ne fera pas la nomination, et rendre ainsi le contrat pur et simple. A la vérité, s'il y a mandat et que la convention entre le vendeur et l'acheteur ne soit pas encore exécutée, le commettant aurait une action pour se faire livrer la marchandise. Mais, si la livraison en est déjà faite à l'acheteur, tout est consommé quant au vendeur, qui n'est

Digitized by Google

réputé avoir traité avec le commettant qu'autant que la condition s'accomplisse. Celui-ci n'a donc plus d'action que contre le commissionnaire, qui doit être condamné en des dommages-intérêts, et peut même l'être à livrer la marchandise lorsqu'elle existe en sa possession.

132. — En troisième lieu, si le mandat est produit ou notifié au vendeur dans le délai convenu, le commissionnaire s'efface entièrement et tout aussi bien que si, dès le principe, le commettant eût contracté en personne: *Ut ille qui nominat, eximat se ab obligatione priùs contractâ et non remanet ampliùs obligatus, sed in nominatum transfertur obligatio et onus quod priùs contrahens habebat, perindè ac si ab initio contraxisset* (Casareg., Disc. 5, n° 19; Rot. Gen., Dec. 14, n° 53). Ainsi la nomination a un effet rétroactif; dès qu'elle est faite, le commissionnaire cesse d'être partie: *Nudum remanet organum et simplex procurator* (Ansald., Disc. 12, n° 3). Au commettant désormais les droits et les obligations du contrat. Le commissionnaire est réputé n'avoir jamais eu la dominité, pas même un instant de raison; il n'en conserve aucun vestige: *Imò ista retroactio fit ad initium contractûs et stipulationis, ex quo tempore acquiritur nominato ut nec momento quidem temporis dominium dici possit fuisse penès ementem apud quem nec vestigium acquisitionis remanet* (Casareg., *ubi sup.*, n° 15.) Le commettant une fois nommé, le commissionnaire est tellement étranger à la propriété de la chose achetée, que nulle action ne peut lui compéter contre le vendeur, s'en fût-il réservé une par l'acte de nomination: *Declarans contractum ad alium spectare, non potest ampliùs agere, licèt reservaverit sibi jus agendi* (*ubi sup.*, n° 75.) En effet, plus de mandat, plus de propriété; la réserve d'une

Digitized by Google

action ne se rattache donc à aucun droit ; par conséquent elle est inutile.

133. — Telles sont les principales règles du contrat dont il sagit. C'est une sorte de réméré de la qualité d'acheteur. Le terme y est de rigueur, comme dans le réméré qui affecte la chose. S'il n'est pas justifié d'un mandat *intrà tempus*, le commissionnaire demeure personnellement et irrévocablement engagé. Le cas fortuit lui-même qui l'aurait empêché de faire la justification, ne le relèverait pas de la déchéance encourue. Car, si le cas fortuit éteint une obligation, il ne proroge pas l'exercice d'une faculté ; il fallait l'exercer en temps opportun.

134. — Un marché *pro se aut pro manaante exclarando* peut encore se faire sous une autre modalité : c'est lorsque le commissionnaire promet qu'il justifiera de son mandat, au lieu de stipuler en sa faveur la réserve d'en justifier. Tel serait le cas où, lorsque, habitants d'une place sur laquelle nous faisons tous les deux le même commerce, *v. g.*, celui de sardines pressées, je vous en vends 600 barils, à charge par vous de justifier à telle époque des pouvoirs d'un autre commerçant établi à cinquante lieues au moins de notre commune résidence. Il est aisé de voir que ma stipulation a pour objet de ne pas alimenter le négoce d'un concurrent de ma localité. Dans cette espèce, la justification à faire ne dépend ni d'une condition potestative, ni d'aucune autre condition. C'est une clause-condition, un engagement dont vous me garantissez l'exécution. Si donc, *intrà tempus conventum*, vous ne rapportez pas le mandat promis, non-seulement je ne suis pas tenu de vous livrer la marchandise, mais vous l'êtes vous-même de mes dommages et intérêts.

Digitized by Google

135. — Il arrive quelquefois que l'un des contractants, au lieu de traiter sous la formule alternative pour moi *ou* pour quelqu'un que je nommerai, déclare qu'il traite pour lui *et* pour un autre qu'il nommera, *pro se et pro personâ nominandâ.* Dans le droit civil, la jurisprudence ne distingue point entre ces deux locutions. L'une et l'autre produisent le même effet, en sorte qu'après la nomination, celui qui l'a faite n'a plus ni droits ni obligations résultant du contrat. Il y devient entièrement étranger (V. Toullier, t. 8, n° 170 ; Troplong, *Vente*, n° 75).

Il n'en peut être ainsi dans le droit commercial. Quand un commerçant fait un marché quelconque, *v. g.*, lorsqu'il achète pour son compte et pour le compte d'un autre, le vendeur est toujours recevable à dire qu'il a traité en vue de deux débiteurs, et eu égard à leur solidarité. L'acheteur reste donc engagé en même temps qu'il engage la personne nommée : *Quandò etiàm apparet clausula apposita* pro se, *tunc declaratione secutâ, tenetur quidem nominatus, quotiès ratam habuerit nominationem, ad omnia onera contractûs, sed nihilominùs persona contrahens pro se cumulativè remanebit obligationis vinculo innodata, duosque insimùl debendi reos in hoc casu altera pars sub eâdem acquirit actione* (Ansald., Disc. 12, n° 9). Si le tiers a donné mandat, il est, sans nul doute, partie engagée ; au cas contraire, et s'il ne ratifie pas, tout le fardeau de l'obligation incombe à l'acheteur. A lui aussi tous les droits actifs résultant du contrat. Mais s'il a stipulé un terme pour le payement, il n'obtiendra livraison qu'en payant comptant, ou à charge de caution ; parce qu'il ne peut impunément priver le vendeur de l'une des sûretés qui lui étaient promises. Il en serait de même s'il nommait une personne insolvable dont il aurait obtenu la ratification. Ainsi le veulent la bonne foi et l'équité.

Digitized by Google

136. — Un dernier cas peut se présenter. Le commettant, avons-nous dit, n'est lié envers les tiers que dans les limites de son mandat, ou qu'autant que l'excès lui en soit plus avantageux que ne l'eût été sa stricte exécution, et jamais en rien qui lui préjudicie : *Procurator excedendo fines mandati, præsertim in præjudicialibus, in eo quod excedit non obligat mandantem* (Carareg., Disc. 225, n° 47). Mais cela ne s'entend que du mandat ostensible sur la foi duquel le tiers a contracté. Par exemple, au mandat de vendre votre navire en adjudication publique, vous joignez des instructions particulières qui me prescrivent de le retirer, en cas que le dernier enchérisseur n'en offre pas le prix que vous m'avez secrètement fixé; si je laisse adjuger sur une enchère qui n'atteint pas cette limite, vous n'en êtes pas moins lié envers l'adjudicataire. Pour lui le mandat patent est tout; il ne saurait être astreint par celui qu'il ignore, et n'en doit même pas supposer l'existence. Seulement il y a faute et responsabilité de ma part pour n'avoir pas suivi des instructions acceptées, qui, de vous à moi, étaient *de formâ mandati.*

137. — Lorsque le mandat est de vendre par adjudication, la position du commettant envers les tiers peut se présenter sous un double aspect.

Si le commissionnaire fait annoncer par affiches ou tout autre moyen de publication, qu'il se réserve de retirer l'objet exposé en vente, pour le cas où la dernière enchère n'atteigne pas un prix qui lui paraisse convenable, une pareille annonce n'a rien que de loyal et de légitime. Aux amateurs de voir s'ils veulent courir le risque de faire des frais ou des voyages inutiles : *Volenti et scienti non fit injuria.*

Mais il n'en est pas ainsi quand, en vertu d'instructions

Digitized by Google

secrètes, le commissionnaire exerce clandestinement le retrait par un enchérisseur aposté. En effet, annoncer une adjudication au plus offrant et dernier enchérisseur, c'est faire une promesse emportant obligation. Celui dont l'enchère n'a pas été couverte peut donc exiger livraison, et, le cas échéant, obtenir des dommages-intérêts, s'il découvre la preuve de la manœuvre pratiquée. Sa demande serait bien fondée sous tous les rapports : l'équité ne permet pas d'abuser de la foi publique par des promesses fallacieuses : *Nihil est tàm contrarium bonæ fidei quàm dolus.* En droit, nul ne pouvant acheter sa propre chose, et le fait du mandataire étant le fait du mandant, la surenchère du vendeur est évidemment nulle.

138. — Enfin, quand quelqu'un qui n'a, ni n'affirme avoir mandat, s'immisce dans l'affaire d'un autre, ou fait une affaire pour un autre qu'il nomme dès à présent, *alterius contemplatione*, c'est le cas, soit de la gestion d'affaire, soit de la stipulation ou de l'engagement pour autrui. Alors la position, par rapport au tiers, de celui dont l'affaire a été administrée, ou pour lequel une affaire a été faite, se détermine par les principes exposés, t. 2e, ch. 3, §§ 1, 2, 3 et 4, relatifs au *negotiorum gestor*, au *negotiorum susceptor*, et, en ce dernier cas, à la ratification donnée ou refusée.

2° Du cas où le porteur d'un mandat traite *hic et nùnc* au nom de son commettant qui ne l'a pas autorisé à l'emploi de ce mode; et du cas où il a fait un usage multiple de sa procuration.

139. — Pour le premier cas, l'on a vu, n° 50, qu'à l'égard du commettant, le commissionnaire est tenu d'exécuter le mandat en son propre nom, à moins que le con-

Digitized by Google

traire ne lui ait été prescrit ou permis. Mais ce n'est là qu'une convention tacite, n'ayant de force qu'entre ceux qui l'ont faite. Un tiers n'est pas tenu d'en présumer l'existence. Par conséquent, si, quand mon mandat est muet sur l'un et l'autre mode d'exécution, vous avez traité *nomine procuratorio*, je suis engagé envers l'autre contractant, quelque dommage qu'il en puisse résulter pour moi, comme si, par exemple, vous êtes devenu insolvable après avoir dissipé la provision que je vous avais faite, en sorte que je suis forcé de débourser une deuxième fois le prix d'un seul achat. Le tiers ne doit pas souffrir de mon imprudence : *Imputandum est mandanti, non ei qui per ignorantiam contraxit* (Ansald., Disc. 30, n° 8).

140. — Au second cas, qui est celui où le commissionnaire exécute plusieurs fois le même ordre, la décision doit être la même : « Si mon mandataire, dit Pothier « (*Mand.*, n° 89), à qui j'ai donné procuration d'em- « prunter pour moi 300 fr., après avoir, en vertu de cette « procuration, emprunté cette somme d'un premier prê- « teur, emprunte en mon nom pareille somme d'un se- « cond prêteur en vertu de ma procuration qu'il lui « exhibe, il m'oblige envers ce second prêteur, qui ne sa- « vait pas qu'il eût déjà emprunté cette somme d'un pre- « mier prêteur, et qu'il excédait ce pouvoir en faisant le « second emprunt. » Ansaldus, raisonnant dans la même hypothèse, décide comme Pothier, et cela avec raison. Car quelle autre chose exiger du tiers qui traite sur la foi d'un mandat, si ce n'est de s'assurer que ce mandat existe, et d'y conformer la négociation? Était-il déjà exécuté? Avait-il pris fin de quelque autre manière, *v. g.*, par sa révocation? C'est ce dont les tiers n'avaient pas à s'enquérir; il suffit que le mandat fût aux mains du commission-

Digitized by Google

naire : *Non contrahentes coguntur indagare intrinsecam et latentem conditionem et gesta illius cum quo palàm et legitimè contrahunt et poterant contrahere* (Ansald., Disc. 30, n° 8). Or, lorsque le commissionnaire a commis une telle fraude, l'effet en doit retomber sur le commettant qui l'a choisi, et non sur le tiers qui a traité de bonne foi : *Publicæ repugnat æquitati civilique commercio quòd quis sincerâ fide contrahens cum aliquo præ manibus habente publicum instrumentum mandati, debeat sub istâ bonâ fide decipi* (*ibid.*, n° 4). C'est par la même raison que, si, après avoir emprunté dans un but déterminé par sa procuration, le mandataire emploie les deniers à un tout autre usage, le mandant n'en est pas moins obligé : à lui seul la perte, parce qu'à lui seul le reproche d'avoir mal placé sa confiance : *Ipse constituens qui credidit procuratori, obligatur, et non tertius qui credidit ipsi contrahenti, damnificatur* (ibid.).

Des abus de ce genre sont d'autant plus faciles en affaires commerciales, que presque toujours le mandat exécuté reste aux mains du commissionnaire. En voici un exemple tiré du *Journal de Jurisprudence de Marseille* (t. 6, 1, 185). Bruat, Daniel et Ce donnent à Reynaud l'ordre de vendre à livrer 400 caisses de savon. Après une première vente des 400 caisses, le commissionnaire en vend 200 autres aux sieurs Le Normand et Léonnet, livrables par 50 caisses, *d'ordre et pour compte de Bruat, Daniel et Ce*. Question de savoir si les commettants étaient liés par cette seconde exécution de leur mandat. Jugé affirmativement, par le motif qu'au jour du marché, Reynaud était porteur de la lettre lui donnant pouvoir de vendre 400 caisses, et qu'en traitant avec lui en sa qualité de mandataire, les acheteurs n'avaient point à s'informer s'il avait ou non précédemment épuisé son man-

Digitized by Google

dat, dont le contexte n'éveillait pas un tel soupçon. En droit, ajoute le tribunal, pourvu que le tiers ait contracté de bonne foi, le commettant est astreint à tenir l'engagement, alors même que le commissionnaire a fait un usage multiple du pouvoir qui lui était confié.

Cette décision est conforme aux vrais principes. Inutilement viendrait-on dire qu'un mandat s'éteint par son entière exécution. Cela n'est vrai que du mandataire au mandant; car, si, par rapport au tiers qui l'ignore, la révocation même expresse est comme si elle n'existait pas, *à fortiori* une extinction tacite dont il n'a point connaissance : *Hujusmodi tacita et virtualis consumptio mandati magis operari nequit quàm operaretur expressa et positiva revocatio* (Ansald., Disc. 30, n° 7).

Qu'en exécutant plusieurs fois un ordre donné en vue d'une seule opération, un mandataire infidèle puisse imposer au mandant des obligations ruineuses, c'est, on l'avoue, un grave inconvénient. La coutume commerciale y a pourvu autant que possible, en introduisant la règle qu'en général la commission doit être exécutée dans le nom de celui qui en est chargé (V. n°s 50, 51). Au commettant de prendre ses précautions pour que le commissionnaire s'y conforme. La chose est facile. Il suffit que le mandat même exprime l'ordre au commissionnaire d'agir en nom personnel. Alors, eût-il traité en nom qualifié, point d'obligation du commettant envers le tiers, qui, devant s'imputer la faute de n'avoir pas pris connaissance du mandat, ou de l'avoir enfreint avec connaissance, n'est plus recevable à s'excuser sur sa bonne foi : *Discat cautiùs negotiari.*

Digitized by Google

Digitized by Google

CHAPITRE CINQUIÈME.

De la commission en matière d'assurance.

SOMMAIRE.

141. Transition au présent chapitre; utilité du sujet que l'on y traite.
142. Une exception, en matière d'assurance, aux principes généraux de la commission; art. 332 du Code de commerce.
143. Elle a son fondement dans la nature du contrat d'assurance. Ce qu'est l'assurance maritime; son objet, son caractère.
144. Ce contrat a son fondement dans les périls de la navigation; sa moralité, son utilité.
145. L'assurance ne doit être pour l'assuré que le moyen de s'indemniser d'une perte; son caractère constitutif.
146. Définition de l'assurance; quatre conditions essentielles au contrat.
147. 1° *De la chose assurable;* le navire et la marchandise sont l'aliment ordinaire du risque; il faut, en outre, un intérêt au risque.
148. Cet intérêt fait la différence entre l'assurance et la gageure, quelle est sa nature; pourquoi le prêteur à la grosse et

Digitized by Google

l'assureur peuvent, l'un se faire assurer, l'autre se faire réassurer.

149. L'assuré ne peut faire assurer plus qu'il n'est exposé à perdre, la valeur assurée et la somme assurée sont deux choses que l'on ne doit pas confondre; autrefois on estimait la valeur de la chose au moment du contrat.

150. Importance de l'évaluation de la chose assurable.

151. Le mode adopté par le Code de commerce est le prix courant, d'achat, de revient; il est généralement regardé comme le plus pratique et le plus vrai; il y a eu de longs discords à ce sujet, *in notis*.

152. Deux manières d'effectuer l'assurance, l'une en laissant à fixer ultérieurement la valeur assurée, l'autre en la fixant de gré à gré; différence entre l'une et l'autre.

153. La valeur agréée ne lie pas l'assureur à tout événement, elle lie, au contraire, l'assuré; pourquoi.

154. Le fret du navire, les gages du marin, le profit de la marchandise, le profit maritime, ne sont pas assurables; pourquoi.

155. 2° *Du risque;* il est essentiel dans l'assurance; on l'apprécie d'après les circonstances connues au moment du contrat.

156. Les risques sont, en général, énumérés dans les Codes, dans les polices; il est libre aux parties de les étendre ou de les restreindre.

157. On a imaginé des clauses qui ne sont propres qu'à dénaturer l'assurance; elles sont illicites.

158. 3° *De la prime;* elle n'est pas moins essentielle que le risque; dans l'usage, elle est de tant p. 100 de la somme assurée; elle peut consister en toute autre chose que de l'argent.

159. Elle n'est assujettie à aucune autre règle de détermination que la convention des parties.

160. Pas d'assurance sans prime, et pas de prime sans risque.

161. Autrefois la prime était payée à la signature du contrat; elle est aujourd'hui généralement payable en billets de prime.

162. 4° *Du consentement;* réuni aux autres conditions, il parfait le contrat; il exige une parfaite égalité relative-

Digitized by Google

ment à la connaissance et aux circonstances du risque.

163. Au moment du contrat, les situations respectives sont loin d'être égales; pourquoi.

164. Règle générale, absolue : l'assuré est tenu d'informer l'assureur de toutes les circonstances du risque qu'il connaît au moment du contrat; conséquence.

165. La nature aléatoire de l'assurance exige la constatation des déclarations relatives au risque; la police est devenue partie essentielle de l'assurance; des anciens statuts, les uns exigeaient un acte public, d'autres imposaient une formule officielle.

166. *Pas de police, pas d'assurance*, est un axiome du commerce; les docteurs ont continué de distinguer la forme interne et la forme externe.

167. Quelles sont les énonciations généralement prescrites; les conventions consignées font loi entre les contractants.

168. Des principaux effets de l'assurance; l'action d'avarie est l'action propre au contrat; l'action en délaissement est l'action extraordinaire; en quoi l'une et l'autre diffèrent.

169. Résumé; l'assurance est un contrat *sui generis*, ayant son individualité, ses règles propres.

170. C'est sur la nature même du contrat que se fonde en cette matière une dérogation aux principes généraux de la commission.

171. Utilité de la commission d'assurance; pourquoi il est nécessaire d'exprimer le donneur d'ordre, ou du moins le *pour compte*.

172. Formule la plus usuelle du pour compte; extension de la formule; elle satisfait à toutes les exigences.

173. Le commissionnaire doit communiquer à l'assureur toutes les circonstances du risque qui lui sont transmises ou qu'il connaît; il s'identifie avec son commettant.

174. Cette identification est une fiction, conséquence du pour compte; le commissionnaire est forcément réputé l'assuré.

175. Conséquences de la fiction; tout ce que le commettant sait ou est présumé savoir, le commissionnaire est réputé le savoir, et réciproquement.

176. Deux règles, fondamentales en cette matière et formulées

Digitized by Google

en axiomes par Casaregis; elles doivent être rigoureusement observées.

177. Tant que dure le pour compte, le commissionnaire est réputé l'assuré; il en a les obligations et les droits; il est et reste débiteur personnel de la prime; l'assureur venant à tomber en faillite, c'est pour lui un devoir et un droit de demander caution ou la résiliation du contrat.

178. La police étant résiliée, peut-il contracter une nouvelle assurance sans un nouvel ordre? Opinion de Valin; une distinction doit être faite.

179. Quel est le fondement de la position anormale du commissionnaire, tenu du payement de la prime malgré l'énonciation du pour compte, et autorisé à agir en son nom.

180. Le pour compte comprend, dans la généralité de ses termes, tous ceux qui ont intérêt à l'assurance.

181. Deux conditions sont nécessaires pour justifier cet intérêt: l'ordre d'assurer et l'existence d'un risque.

182. L'ordre doit être spécial, ou relatif à l'assurance commise.

183. L'intérêt au risque se prouve, quant au navire, par l'acte de propriété; quant à la marchandise, par la relation entre la police et le connaissement.

184. C'est l'ordre d'assurer qui établit cette relation; suivant Émérigon, dès que la police et le connaissement se trouvent aux mains de la même personne, l'assurance est légitime; cette doctrine ne doit pas être suivie.

185. Des auteurs ont enseigné que l'assureur n'est pas recevable à opposer à l'assuré le défaut de propriété; il y a dans cet enseignement confusion et erreur.

186. On ne peut convenir que l'assuré ne sera pas tenu de prouver le risque, l'assureur s'obligeant à payer sur la représentation de la police; doctrine d'Émérigon; cette doctrine non admise par Pothier et Valin; Baldasseroni reprend Valin de n'avoir pas saisi le sens qu'on donne à cette clause en Italie.

187. Le connaissement n'est ni la preuve infaillible, ni la seule preuve du chargement.

188. L'anonyme du par ordre ne peut être permanent; en cas de sinistre, la révélation du commettant est forcée.

Digitized by Google

189. Effet de cette révélation sur la position du commissionnaire et du commettant à l'égard de l'assureur ; la fiction qui les réputait identifiés n'est plus possible; tous les droits actifs et passifs se concentrent sur le commettant désigné.

190. L'assurance pour compte renferme la condition tacite et résolutoire que, le sinistre survenant, le donneur d'ordre sera déclaré; comment M. Troplong constate et exprime ce principe; par la nomination du commettant, la qualité d'assuré est résolue dans la personne du commissionnaire; l'intéressé à l'assurance est celui qui l'a contractée.

191. Conséquences qui découlent de ce principe; l'assuré et l'assureur ont action directe l'un contre l'autre.

192. La relation d'assuré à assureur cesse entre le commissionnaire et l'assureur.

193. Le commissionnaire n'est plus dans ses agissements ultérieurs qu'un mandataire passif, comme le serait tout porteur de la police.

194. L'assureur qui paye le montant du sinistre aux mains du commissionnaire, acquitte sa dette envers l'assuré; pas de répétition contre le commissionnaire, dans le cas où la police serait postérieurement annulée par suite du dol de l'assuré; espèce jugée par la Cour d'Aix et la Cour de cassation.

195. Dans une espèce à peu près identique, *Ansaldus de Ansaldis* admet la répétition contre le commissionnaire; Émérigon semblerait l'admettre aussi; Baldasseroni cite une décision de la rote de Florence dans le même sens; d'où vient l'erreur d'Émérigon; circonstance de fait décisive dans l'espèce de Baldasseroni.

141.—Dans les chapitres précédents, en examinant des théories générales, nous avons eu souvent occasion d'emprunter des espèces à la commission en matière d'assurance. Les rapports des contractants, en cette matière comme en toute opération où la commission intervient,

Digitized by Google

sont ceux de mandant à mandataire, et, à ce point de vue, les droits et les devoirs de l'un et de l'autre ont été suffisamment développés. Mais ce sujet d'une pratique usuelle, présente une particularité, une exception inhérente à la nature du contrat d'assurance, et, comme nous ne l'avons qu'énoncée pour ne pas interrompre notre exposition, il convient d'en expliquer la raison et l'effet dans un chapitre particulier, qui, en posant les principes de la matière, rentre dans le nouveau plan de cet ouvrage.

142. — En principe, non-seulement le commissionnaire peut, mais il doit même exécuter le mandat en son nom, sans être tenu d'énoncer la qualité en laquelle il agit (V. t. 2, n° 50.)

Néanmoins, avons-nous dit *suprà*, n° 56, une exception existe en matière d'assurance, exception qui tient à la nature de ce contrat. L'assurance dont nous avons entendu parler est l'assurance maritime, l'assurance type, celle qui procure sécurité au commerce des importations et des exportations.

Un paragraphe de l'art. 332 du Code de commerce est ainsi conçu :

« Il (le contrat d'assurance) exprime le nom et le do-« micile de celui qui se fait assurer, *sa qualité de propriétaire ou de commissionnaire.* »

Ce qui, en d'autres termes, veut dire : l'assuré doit déclarer si l'assurance est faite dans son intérêt et pour son compte, ou si elle est faite dans l'intérêt et pour compte d'autrui.

Dans le premier cas, l'assurance est individuelle ; elle ne s'applique qu'à l'assuré désigné.

Dans le second cas, elle est apte à comprendre des personnes qui restent innomées au moment du contrat,

Digitized by Google

Cette disposition de notre Code ne lui est pas particulière, dans une vue d'utilité réelle et commerciale, elle est reçue dans les lois ou les usages des peuples commerçants; on peut dire qu'elle est le droit commun de la commission d'assurance (1).

Or, d'où vient cette dérogation aux principes généraux en matière de commission? Pourquoi l'énonciation du *pour compte* est-elle exigée?

143. — Cette dérogation a sa raison d'être, son fondement dans le contrat d'assurance lui-même.

Que le commissionnaire vende ou achète, de quelque manière qu'il agisse, en son nom ou *procuratorio nomine*, le contrat est et ne peut être qu'une vente ou un achat; mais s'il est commis pour faire une assurance, la prétendue assurance peut n'en avoir que le nom, et masquer une gageure, un pari, une spéculation purement aléatoire.

L'énonciation du *pour compte* devient la sauvegarde du contrat.

Qu'est-ce donc que l'assurance, quel est son objet, quel est son caractère distinctif et propre, quels sont ses principes constitutifs?

Lorsque, de Nantes, j'expédie à Calcutta mon navire,

(1) Il n'en a pas été toujours ainsi. En cette matière, on a été longtemps, ou trop rigoureux, ou trop indulgent. Ici on a exigé la déclaration du commettant et même la production de l'ordre au moment du contrat; là il a été permis de laisser en blanc le nom de l'assuré. La disposition de l'ordonnance de 1681, que le Code répète, fut un sage tempérament qui, en remédiant aux abus, répond à toutes les exigences. Le statut de Georges III, juillet 1785, y est conforme; l'assuré doit exprimer en quelle qualité il contracte, *as principal, person interested*, ou bien *as factor, agent of the person really interested*. Autrement l'assurance est nulle à tous égards, *void to all intents and purposes* (Park, Wesket, Smith).

Digitized by Google

ou une cargaison, je cours la chance de perdre tout ou partie de ce que j'ai exposé aux périls de la navigation, et, pour me rédimer de cette perte possible, je ferais volontiers, à tout événement, un sacrifice qui, dans le cas d'heureuse arrivée, serait compensé par la réussite de mon expédition. Qu'il se rencontre un commerçant, un spéculateur assez entreprenant, assez hardi pour s'obliger, moyennant une somme que je lui paye ou que je promets de lui payer, à m'indemniser de la perte, si elle arrive ; dès ce moment, le contrat d'assurance est trouvé ; notre convention est l'assurance dans son originalité.

Toutefois, dans la circonstance supposée, l'assurance serait peu praticable. Quel est, en effet, le spéculateur assez osé, assez téméraire, pour engager son avoir sur le risque d'un seul navire ou d'une seule cargaison, au mépris du conseil de la sagesse : *Uni navi omnia tua ne credito.* Mais que plusieurs personnes se partagent ce risque, elles n'y engageront que partie de leur capital, et, si perte arrive, cette perte, qui aurait ruiné le commerçant non assuré, ou son unique assureur, est rendue d'autant moins sensible, qu'elle est supportée par un plus grand nombre.

Si ces assureurs ne se bornent pas à partager un risque, mais qu'ils répartissent leur capital en diverses assurances et sur divers risques, qu'arrivera-t-il ? En cas d'heureuse arrivée, toutes les primes sont bénéfice ; et, si leur calcul n'est pas complétement déjoué, une ou plusieurs pertes peuvent être compensées par la réunion des primes et leur laisser encore un bénéfice.

On conçoit dès lors que l'assurance est réalisable sur une grande échelle, et une spéculation hasardeuse en elle-même devient une opération lucrative, au plus grand avantage du commerce et de la navigation. Car moindres

Digitized by Google

sont les risques des importations et des exportations, plus on y engage de capitaux, et ainsi les entreprises maritimes se multiplient.

144. — L'assurance a donc son fondement dans les périls de la navigation ; l'assureur prend sur lui les risques auxquels est exposée la chose de l'assuré (1). Mais, quelque aléatoire, hasardeuse qu'elle soit, l'opération a sa légitimité, non-seulement dans l'intérêt de l'assuré à la conservation de sa propriété, mais aussi dans des données d'une certitude suffisante pour équilibrer le contrat entre les parties.

En effet, phénomène remarquable ! l'esprit humain peut, de cas particuliers, tirer des conclusions générales, et plus est grand le nombre de ces cas, plus la conclusion qu'il en tire est conforme à la vérité. Un événement considéré isolément ne saurait servir de base à une conjecture certaine ; *v. g.*, qu'un navire parte ce jour pour les Indes orientales, vous ne pouvez dire quelle sera l'issue du voyage. Que plusieurs navires du même tonnage ou à peu près, dans les mêmes circonstances ou à peu près, partent pour la même destination, l'observation apprendra combien de ces navires périssent, combien font des avaries, combien arrivent heureusement et à bon port. Il y aura dans le résultat une uniformité d'autant plus complète, qu'on aura plus multiplié les observations. Ainsi, sur des données d'une certitude, sinon rigoureuse, du moins suffisante, il est possible de calculer les probabilités

(1) Il contratto si sostanzia sul risico ; l'assicuratore assume sopra di se il pericolo del assicurato. (Baldasseroni, t. 1, p. 29 et passim.)—Principale fundamentum assecurationis est risicum seu interesse assecuratorum sine quo non potest consistere assecuratio. (Casareg., Disc. 4, n° 1.)

Digitized by Google

de perte ou d'heureuse arrivée, d'évaluer les chances du voyage, compte tenu des événements et des circonstances de temps, de lieux, de personnes et de choses, et d'égaliser la position des parties d'une manière aussi équitable que le permet la prévoyance humaine.

L'assurance justifie sa moralité, surtout par la noble et utile mission qu'elle se propose, en garantissant la propriété du commerçant contre les fortunes de mer. C'est là sa destination propre, et ce seul caractère la classe à part des spéculations analogues, *v. g.*, les jeux, qui ne reposent que sur de purs hasards, et qui, loin de favoriser et d'encourager le commerce, en sont la plaie honteuse.

145. — *L'assurance est et ne doit être pour l'assuré que le moyen de s'indemniser d'une perte éventuelle, et jamais un moyen de bénéficier* (1).

Et, par suite de conséquence, *on ne peut assurer que ce que l'on risque de perdre et rien au delà* (2).

L'assurance est donc un contrat d'indemnité impliquant la condition de la mise en risque d'un intérêt assurable et de la réalisation d'une perte : *In materia d'assicurazione si ha riguardo al pur danno, non all' utile che si perde.*

Ce caractère est constitutif et différentiel.

146. — Ces notions préliminaires posées, on peut définir l'assurance :

Un contrat par lequel, en considération d'une somme ou de toute autre valeur convenue que l'assuré paye ou

(1) Assurance is a contract of indemnity and of indemnity only. (Park, p. 374, 375.)

(2) The assurance is a contract of indemnity, and the assured ought not to be allowed to make a profit by it. (Smith, p. 242.)

Digitized by Google

s'engage à payer, l'assureur prend sur lui les risques auxquels est exposée la chose de l'assuré (navire ou marchandise), et lui promet indemnité si perte arrive (1).

Suivant cette définition, quatre conditions sont essentielles à l'assurance, en tant que contrat :

1° Une chose assurable ;

2° La mise en risque de cette chose ;

3° La prime ou le coût du risque ;

4° Le consentement des parties.

147. — 1° *De la chose assurable.* — Le navire et la marchandise sont l'aliment ordinaire de l'assurance maritime. Mais il ne suffit pas qu'ils soient exposés aux périls de la navigation pour être assurables. Il faut, en outre, que l'assuré ait intérêt à leur conservation.

Cet intérêt à un risque réel et existant est de l'essence de l'assurance. *In contractu veræ assecurationis requiritur de substantiâ illius dominium seu interesse assecurati* (Casareg., Disc. 173, n° 32). Qui n'a pas intérêt à la chose en péril, ne peut perdre, ni conséquemment être assuré.

148. — C'est cet intérêt qui fait la différence capitale entre l'assurance vraie et l'assurance gageure. La gageure n'a pour objet qu'une éventualité, sans que les contractants aient aucun intérêt à la chose, sujet de la ga-

(1) *Contractus quo quis alienæ rei periculum in se suscipit, obligando se sub certo pretio ad eam compensandam si illa perierit.* (Roccus.) V. l'historique du contrat dans le *Traité des avaries particulières sur marchandises*, par M. Jules Delaborde, avocat à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat. Cet ouvrage n'est pas moins concis qu'intéressant par la richesse des recherches historiques, l'exposé clair et net des principes de l'assurance, et la solidité des solutions.

Digitized by Google

geure. « L'assurance se fait entre le marchand chargeur « auquel appartient la chose assurée et l'étranger qui n'a « nul intérêt au domaine ou à la conservation d'icelle; la « gageure se fait entre deux étrangers qui n'ont aucun « intérêt en la chose sur laquelle ils font la gageure. » (Dumoulin, *Contr. usur.*)

Or, quel est cet intérêt et quelle est sa nature?

Dans les principes du Code de commerce (1), l'intéressé à l'assurance est le propriétaire de la chose en risque, ou celui qui est, quant au risque, *loco domini*; proposition qui résulte notamment de l'art. 332 : « L'assuré doit exprimer la qualité de propriétaire. » (V. aussi art. 339, 344, 345.) Pourquoi? C'est qu'évidemment il ne peut contracter l'assurance qu'en cette qualité. En spécifiant l'intérêt de propriétaire, la loi exclut tout autre : *Inclusio unius est exclusio alterius.* Du reste, la théorie du délaissement, auquel une section du Code est consacrée, n'a pas d'autre base. C'est parce qu'il est propriétaire que l'assuré peut délaisser la chose assurée, et que, par le délaissement, la propriété en est transmise à l'assureur. (Art. 369, 379, 385. — M. Delaborde, p. 139.)

Le prêteur à la grosse (2) et l'assureur peuvent, il est vrai, se faire assurer ou réassurer, mais on doit remar-

(1) En Angleterre, l'expression *intérêt* a un sens assez vague, non défini : Any person may be said to have an interest, who may be injured by the risk to which that matter (la chose assurée) is exposed, or would only for them have a moral certainty of advantage. (Smith, p. 200.) En Italie, le sens de cette expression est moins restreint que chez nous : Perchè ella (l'assurance) non manchi di subietto, non è necessario precisamente, che sia pericolo di dominio, ma basta, che sia di credito con ipoteca; di pegno, d'interesse sopra la mercanzia (Baldass., t. 1, p. 181).

(2) Bottomree and respondentia are a particular species of property, which may be the subject of insurance (Parck, p. 9).

Digitized by Google

quer que, quant aux risques, ils sont *loco domini*. L'emprunteur et l'assuré les ont couverts, l'un par l'emprunt à la grosse, l'autre par l'assurance. Le prêteur et l'assureur, sur qui ils ont été reversés, ont seul désormais intérêt, le plus grand intérêt, à la conservation du navire ou de la marchandise. C'est cette circonstance particulière qui légitime leur assurance.

149. — L'assurance ayant été uniquement instituée pour réparer une perte, si perte arrive, il s'ensuit comme conséquence nécessaire que l'assuré ne peut recevoir plus qu'il n'a perdu : *L'assicurazione è unicamente un contratto d'indemnità in caso di danno; ne viene per necessaria conseguenza, che nessuno potrà conseguire per dependeza di questo contratto più di quello che perde* (Baldass., t. 2, p. 543. Smith, p. 242). Si donc votre navire ne vaut que 60,000 fr., vous ne pouvez ni être assuré, ni être indemnisé au delà de 60,000 fr. L'excédant serait un bénéfice pour l'assuré ; ce qui serait contraire à la fin de l'assurance. Il faut donc qu'il y ait relation entre la perte et l'indemnité, entre la valeur de la chose en risque et la somme assurée.

La *valeur assurée* et la *somme assurée* sont deux choses distinctes, qu'il est essentiel de ne pas confondre. C'est sur la valeur assurée que se règle ou se rectifie la somme assurée. Autrement, l'assuré tirerait profit de la perte. Or, l'assurance est *præstatio damni, non lucri*.

Il paraît qu'anciennement les contractants établissaient, au moment du contrat, l'estimation de la chose assurée, la preuve du chargement et l'intérêt au risque, en sorte qu'il ne restait plus qu'à justifier de la perte ou du sinistre pour en exiger le montant de l'assureur. *Res taxari debet antèquàm assecuretur. Etenìm assecurator existimationem*

Digitized by Google

rei præstare debet si ea perierit casu fortuito; quamobrem ut constet quid assecurator restituere debeat, si res perierit, necesse est rem taxari antèquàm assecuretur (Wolf., *Jus nat.*, pars 5, cap. 2, *Contract.*—Guidon, ch. 2, art. 13, 14. Valin, art. 64). Mais, avec les progrès et les nécessités du commerce, pour faciliter la conclusion des assurances, pour ne pas divulguer intempestivement le secret des opérations du commerçant, l'usage s'introduisit de réserver la preuve de l'existence et de la valeur du risque jusque après la réalisation de la perte ou du sinistre, le contrat et son effet restant subordonnés à la vérification de ces deux conditions (Baldass., t. 1, p. 362).

150. — Mais comment établir la valeur assurable? C'est un problème capital en cette matière. De là dépend, dans certaines circonstances, la validité du contrat, et toujours sa réduction. D'un autre côté, si ce qui a une valeur assurable de 500, vous le faites assurer pour 400, vous restez votre propre assureur pour 100, et vous supporterez une part proportionnelle de la perte ou du sinistre. Si, au contraire, ce qui n'a qu'une valeur assurable de 400, vous le faites assurer pour 500, vous payez la prime sur cette dernière valeur; mais, en cas de sinistre, vous n'aurez droit à être indemnisé que de 400, et, en cas d'heureuse arrivée, toute la prime payée au delà de la valeur assurable est une diminution sur les bénéfices de la vente. En un mot, l'assuré, même de bonne foi, qui suppose un risque qu'il n'a réellement pas, ou qui donne à la chose une valeur supérieure, s'expose à perdre, en payant une prime sans en retirer aucun avantage. (Bald., t. 1, p. 31, n° 13.) Ainsi, sous le double rapport du droit et du fait commercial, l'évaluation de la chose assurée joue un rôle important.

Digitized by Google

151. — Quelle en est la base dans notre droit? Le prix coûtant, le prix de revient (1).

Le navire est évalué ce qu'il a coûté, ce qu'il vaut au départ, y compris la mise hors; non compris le fret. Autrefois l'évaluation était faite à dire d'experts; depuis longtemps il est d'usage de la fixer par le contrat (Valin, art. 64), sauf à l'assureur à prouver une surévaluation en cas de sinistre. Qu'il soit ou ne soit pas stipulé que l'évaluation convenue tiendra lieu de capital en tout temps, elle est censée rester constante pendant le cours du voyage assuré, malgré le dépérissement du navire, qui, chaque jour, s'use dans sa coque, ses agrès et apparaux, et perd de sa valeur par la consommation journalière des vivres et par les loyers acquis aux marins. Mais ce dépérissement est réputé compensé par le fret, qui s'acquiert chaque jour et fait partie du navire. Si donc il perd d'un côté, de l'autre il gagne, en sorte que l'on a pu jusqu'à un certain point regarder sa valeur comme constante.

C'est encore le prix coûtant qui est le mode d'évaluation de la marchandise, y compris les droits et les frais de mise à bord, non compris le coût de l'assurance, à moins d'une convention expresse (2), et ce prix reste invariable en ce qui concerne la responsabilité de l'assureur.

Le prix *coûtant* (art. 339 C. comm.) et non le prix *courant* au temps et au lieu du chargement ; car il ne s'agit pas d'une valeur vénale en ce lieu, mais d'une valeur à expédier de ce lieu, *invoice price*. Or, tandis

(1) On dit aussi le prix d'achat, le prix de facture.

(2) The mode of ascertaining the original value of the goods in the case of an open policy, is to take the invoice price at the loading port, and add to that... (Smith, p. 242). Park, p. 1, 98, dit: The price cost at the time of effecting the policy, at the outset.

Digitized by Google

que le premier constate la mise hors de l'expéditeur et reste constant, le second est variable suivant les fluctuations du marché. On ne doit donc recourir au mode d'évaluation par le prix *courant* qu'en cas de nécessité absolue, c'est-à-dire lorsque le mode d'évaluation par le prix *coûtant* fait détaut. Telle est la saine entente de l'art. 339 (1).

Ce mode d'évaluation est généralement adopté; il est regardé comme le plus pratique, le plus vrai, le plus conforme au but de l'assurance, en ce que la perte ne peut être pour l'assuré une occasion de gain, que l'assuré est mis dans la position où il était avant d'entreprendre son expédition, et que l'assureur ne subit point les chances de hausse ou de baisse d'une spéculation à laquelle il est étranger (Baldass., t. 1, p. 376; Park, p. 98 et suiv.; M. J. Delaborde, *Avaries*, p. 119) (2).

(1) M. Jules Delaborde (*Traité des avaries*, p. 115 et suiv.) a exposé et traité avec précision les *grands discors* qui ont eu lieu sur les divers modes d'évaluation.

(2) « Sur l'évaluation des marchandises, il advient de grands discords; car aucuns ont tenu que l'estimation devait être faite eu « égard au temps de la perte, autres au temps que le navire est « arrivé à port de salut; les plus récens sont d'advis qu'il faut re« garder au temps de l'achat; ce qui se pratique en la perfection « des cargaisons et factures. » (Guidon, chap. 2, art. 12.)

L'évaluation eu égard au temps de la perte a du être abandonnée de bonne heure; elle est impossible dans le plus grand nombre de cas. Elle convient à l'assurance terrestre.

Toute la discussion s'est donc portée sur les deux autres modes (V. traité précité *des Avaries*, p. 137, 138). Chacun d'eux a la prétention de satisfaire aux exigences de l'assurance, et chacun d'eux n'a peut-être pas tort, mais à un point de vue différent.

L'assurance, dans sa plus grande compréhension, se réduit à cette formule générale : *Rem salvam fore spondes?* C'est une formule

Digitized by Google

152. — L'assurance peut être contractée de deux manières :

En déterminant la somme assurée, base nécessaire au règlement de l'indemnité en cas de perte, mais en laissant à fixer ultérieurement la valeur assurée ; *v. g.* : *Assuré sur le navire le Nestor* 60,000 *fr.*;

Ou en fixant de gré à gré, par convention, la valeur de la chose assurée ; *v. g.* : *Assuré sur le navire le Nestor* 60,000 *fr.*, *valeur agréée* (1).

d'indemnité conçue abstractivement. Or, appliquée aux risques de mer, elle est susceptible de deux sens :

Ou l'on se propose de mettre l'assuré dans le même état que s'il n'avait pas fait son expédition ;

Ou l'on se propose de le mettre dans la même position que si la marchandise était arrivée sauve à destination.

Ce sont là deux conventions qui ont la même fin, mais qui diffèrent dans le mode d'indemniser.

Dans l'une, indemnité comme si l'expédition n'avait pas eu lieu. A cette intention des parties, répond l'évaluation au prix coûtant ou d'achat; encore n'y répond-elle, dans notre droit, qu'en cas de perte totale; alors il n'est pas dû de fret (art. 302 C. comm.).

Dans l'autre, indemnité comme si aucun sinistre n'avait été éprouvé, et à cette convention, satisfait l'évaluation au prix courant du lieu de la destination ; elle y satisfait dans tous les cas.

Ainsi, comme il y a deux modes de concevoir l'assurance, il y a aussi deux modes d'évaluer le risque.

Sans tenir compte de la volonté des parties, les législations ont interprété l'assurance dans le premier sens et l'ont réglementée en conséquence. On a cru trouver là un moyen plus efficace d'empêcher l'assuré de tirer profit de l'assurance.

Mais, chaque jour, et au su de l'assureur, on exagère l'évaluation au prix coûtant. N'est-ce pas une preuve que la loi, dans son organisation trop étroite, ne satisfait ni à la volonté des parties, ni aux besoins du commerce?

(1) Sur l'origine de cette estimation à l'amiable, V. Guidon, chap. 2, art. 13, 14; Smith, p. 203; M. J. Delaborde, *loc. cit.*, p. 127. *Ad effectum*, dit Casaregis (Disc. 7, n° 10 et seq.) *evitandi quæstiones*

Digitized by Google

Il existe une différence entre l'une et l'autre assurance :

Dans la première, la valeur assurable doit être justifiée. Est-elle inférieure à la somme assurée, l'assuré est son assureur pour l'excédant ; est-elle supérieure, l'assurance est nulle ou réductible, suivant qu'il y a eu dol ou erreur ;

Dans la seconde, qui ne doit pas être confondue avec l'assurance-gageure, il est entendu que la valeur agréée est la valeur assurable, celle qui procure indemnité à l'assuré, et rien de plus. L'effet de la convention est de la déterminer, et de dispenser l'assuré de toute preuve ultérieure, sans quoi elle n'aurait pas de sens ; mais, si cette valeur est tenue pour vraie et justifiée, ce n'est que *provisoirement* ; car la somme assurée ne devant jamais excéder la valeur en risque, l'évaluation conventionnelle a une limite tracée par l'assurance même. « L'assureur « tient pour justifiée, au moment de la signature de la po- « lice, la valeur des objets assurés. Toutefois, si l'évalua- « tion conventionnelle, établie par l'assureur et l'assuré « sous forme de transaction, est légitime dans son prin- « cipe, il n'en est pas moins vrai qu'elle comporte dans « ses effets une restriction qui se déduit nécessairement « de la nature des choses... L'assureur eût-il déclaré de « la manière la plus expresse s'en rapporter, quant à « la réalité de la valeur des marchandises chargées, à la « déclaration de l'assuré, et le dispenser de toute espèce « de justification sous ce rapport, jamais, cependant, « une telle condition, quelque formelle et explicite « qu'elle puisse être, n'enlèvera à l'assureur le droit

cadentes super liquidatione pretii seu valoris mercium, pro certâ summâ fit assecuratio, et sic prudentes solent facere mercatores.

Digitized by Google

« d'exciper de la fraude commise par l'assuré ou de la « simple surévaluation qu'il aura présentée de bonne foi, « soit, dans le premier cas, pour faire annuler le contrat en « son entier, soit, dans le second, pour le faire ristourner « jusqu'à concurrence de la valeur réelle. — Il est juste « qu'il en soit ainsi; car, plus il est vrai que l'assureur, « loin de pouvoir se rendre coupable de fraude envers « l'assuré, est obligé au contraire d'accorder à ses asser- « tions une confiance en quelque sorte illimitée, plus il est « nécessaire que celui-ci n'abuse jamais de cette con- « fiance que l'assureur lui accorde. » (M. J. Delaborde, *Avaries*, p. 130, 131.) Ainsi lorsque l'évaluation de gré à gré est erronée ou infidèle, l'assureur est toujours admissible à prouver le *trop assuré;* auquel cas l'assurance est réductible ou annulable.

153. — La *valeur agréée* ne saurait donc lier l'assureur à tout événement, sous peine de fausser le principe fondamental de l'assurance (1).

Elle lie, au contraire, l'assuré irrévocablement, et la prime, du moins dans notre droit, est due en conséquence et sans réduction. Différence qui provient de la position respective de l'un et de l'autre. L'assuré connaît ou est réputé connaître la chose qu'il évalue; cette évaluation est son fait ; il subit donc sa propre loi. L'assureur ne peut que s'en rapporter à la parole de l'assuré; il se confie à sa bonne foi et à sa loyauté (2).

(1) Valued policy must not be used as a cover for wagering, and therefore the interest of the insured must be a real *bonâ fide* interest, not a mere colourable one, otherwise the policy will be void (Smith, p. 203).

(2) « L'assureur en tout se confie en la prudhomie de son as- « suré... présumant qu'il soit loyal en sa trafique. » (Guidon, tit. 2, art. 15.)

Digitized by Google

154. — Le navire navigue pour gagner un fret ;

Le marin, pour avoir un salaire ou des gages;

La marchandise, pour faire un profit ;

Le prêteur expose ses capitaux à grosse aventure pour obtenir un intérêt maritime.

Or, ce fret, ce salaire, ce profit, cet intérêt, ne sont pas, comme le navire et la marchandise, des choses dont l'existence physique est exposée aux périls de la mer. Ce sont des êtres *quæ in jure consistunt*, objet d'un droit, et ce droit, dans son existence et son exercice, est subordonné à un événement contingent, à la condition de l'heureuse arrivée à port de salut. Il n'est dû de fret, de salaire, de profit, d'intérêt, que si la condition se vérifie.

Par ce motif, ils ne peuvent être assurés.

Ces assurances sont encore prohibées par une autre raison. Le bon ordre du commerce et celui de la navigation exigent que l'intérêt du marin soit identifié avec la conservation du navire et de la marchandise, et que l'on proscrive toute opération où la gageure peut se masquer sous le nom d'assurance (1).

155. — 2° *De l'existence du risque.* — Une seconde condition essentielle à l'assurance, c'est que la chose assurable soit exposée aux périls de la navigation. Or, vu l'incertitude des événements de mer, elle peut éprouver ou ne pas éprouver un dommage, et c'est cette éventualité d'un dommage qui constitue le risque proprement dit.

Toute l'assurance est dans la *susception* du risque par l'assureur, dans la transmission du risque en sa personne :

(1) Les règlements maritimes s'accordent à prohiber l'assurance des gages du marin. Il n'en est pas de même de l'assurance du fret et du profit.

Digitized by Google

Forma essentialis consistit in susceptione periculi et determinato super eâ pretio (Stypmann) (1). Si le risque n'existe pas, ou, ce qui est la même chose, s'il n'est pas celui que les parties ont entendu, le contrat ne saurait subsister faute d'aliment : *l'assicurazione è nulla dove non si è materia di pericolo* (de Jorio, t. 2, p. 31).

Le seul risque inhérent à la nature du contrat est celui qui provient des cas fortuits, des événements de force majeure, des fortunes de mer (2).

Son intensité est variable suivant les personnes, les choses, les lieux, et peut s'aggraver ou diminuer par des événements postérieurs. Mais on ne doit l'estimer que d'après les circonstances connues au moment du contrat, sans égard à celles qui surviennent ensuite. Qu'à ce moment les parties soient dans une parfaite égalité relativement à la connaissance du risque et à tout ce qui le concerne, c'est tout ce qu'exige la justice du contrat, mais elle l'exige : *Conviene necessariamente che rispetto all' evento di cui dipende il risico, tanto l'assicurato, che l'assicuratore si trovino al tempo del contratto in un medesimo eguale stato d'incertezza e dubiezza* (Baldass., t. 1, p. 125).

156. — Les Codes, les usages, les polices, énumèrent

(1) La même idée est exprimée par un auteur allemand, Büsch, d'une manière plus pratique et non moins énergique: Das Wesentliche des Assecuranz-Contracts liegt in diesen Worten : Wir setzen uns völlig in den Platz der Assecurirten = L'essence du contrat d'assurance est dans ces mots : Nous nous mettons entièrement au lieu et place des assurés (V. M. Delaborde, p. 159). Wesket, v° *Risque*, dit aussi : Risques are of the essence of the contract of insurance, and by the nature of it the insurer take upon him all the perils and dangers.

(2). V. t. 2, n° 178, la définition de la force majeure, *vis divina; imperscrutabile Dei decretum*.

Digitized by Google

le plus grand nombre des accidents de mer, prévus ou imprévus, solites ou insolites ; ils ont aussi pris le soin de déterminer, à défaut de convention, la durée des risques (art. 328, 341 C. comm.). Néanmoins, il est libre aux contractants, dans des espèces données, de les étendre, *v. g.*, d'y comprendre la baratterie de patron, ou de les restreindre à tels et tels événements, *v. g.* le naufrage, la prise, l'échouement avec bris, de les réduire même à un seul accident, *v. g.* : l'ouragan du 25 de ce mois. On peut assurer tout aussi bien contre un risque unique que contre plusieurs ; le contrat dépend non de la pluralité, mais de l'incertitude des événements, n'y en eût-il qu'un seul. L'important est que nulle atteinte ne soit portée à la substance du contrat.

157. — Mais, soit dans l'espérance de mieux sauvegarder leurs intérêts, soit pour mieux dissimuler une spéculation purement chanceuse, les contractants ont souvent imaginé des pactes, des clauses, des stipulations qui ne sont propres qu'à dénaturer l'assurance et à y introduire le mélange adultère de la gageure. Telles sont les clauses *avec* ou *sans intérêt* (1), *sans autre preuve du risque, de l'intérêt au risque, de l'ordre d'assurer, que la production de la police.*

Le caractère de l'assurance répugne à toutes ces combinaisons plus ou moins fallacieuses, et de quelque manière qu'elles soient conçues, faute d'un risque réel et d'un intérêt à ce risque, l'assurance est viciée, et ne peut subsister.

(1) Interest or no interest, without further proof of interest than the policy, without benefice of salvage to the insurer (Park, p. 263). V. aussi, *ibid.*, les cas exceptionnels où, en Angleterre, il est licite d'assurer sans intérêt.

Digitized by Google

158. — 3° *De la prime.* — La prime n'est pas, moins que le risque, une partie essentielle du contrat. Le gain étant la fin du commerce, l'assureur ne prend à sa charge le risque que sous la condition de trouver, dans une prestation déterminée, le dédommagement des chances auxquelles il s'expose. *Il premio è una parte essenziale del contratto, perche è quel lucro che sta in correspettività del risico che si assume l'assicuratore* (Baldass., t. 1, p. 81). L'assurance ne peut pas plus subsister sans prime, que la vente sans prix, que l'affrétement sans nolis. Dès que cette condition manque, le contrat change de nature ; il n'est plus qu'une promesse gratuite conditionnelle, *non una vera, ma mera donazione condizionata* (ibid., p. 95), dont la validité et l'effet sont appréciés suivant les circonstances.

Dans l'usage, la prime est de tant pour cent de la somme assurée qui représente la valeur en risque. Toutefois, il n'est pas essentiel qu'elle consiste en une somme d'argent ; elle peut consister en toute autre chose ; il suffit que l'assureur retire des risques assumés un bénéfice certain ou espéré (V. Emérig., ch. 3, sect. 10; M. Delaborde, p. 163 (1).

159. — Le taux de la prime n'est assujetti à aucune règle de détermination. Les contractants la fixent de gré à gré suivant l'espèce, la nature, l'étendue et la durée du risque, eu égard seulement aux circonstances connues lors du contrat, et quels que soient les événements ultérieurs. Comme il est impossible à la prudence et à la

(1) Secondo lo spirito dello stesso contratto non è absolumente necessario che questo qualche cosa consista in cotanti (Baldass., t. 1, p. 27).

Digitized by Google

prévision humaine de calculer ou de mesurer exactement le résultat des fortunes de mer, il a fallu laisser à cet égard toute latitude à la convention des parties. Le taux fixé par elles est réputé être le juste coût, la juste rémunération des risques, et équilibrer le contrat, pourvu que tout se soit passé loyalement.

160. — Ainsi *pas d'assurance sans prime*, et, la prime étant relative au risque, comme le prix l'est à la chose, *pas de prime sans risque*. L'usage n'accorde à l'assureur que demi p. 100, non à titre de prime, mais comme dédommagement de peines, de soins, d'écritures, etc. Mais aussi, en principe, dès que le risque a commencé, la prime est due et acquise à l'assureur; car, dès cet instant, toute la perte éventuelle a pesé sur lui.

Par une conséquence du même principe, la somme assurée excédant la valeur en risque, en d'autres termes, lorsqu'il y a un *trop assuré*, il ne peut être dû de prime pour l'excédant, et il y aurait lieu à une restitution proportionnelle de la prime, la portion restituable étant sans cause aux mains de l'assureur. Telle est la règle du droit, observée en Angleterre, mais, en France, l'assureur garde la prime entière (V. *suprà*, n° 153.)

161. — Suivant la plupart des anciens statuts ou règlements (Espagne, Italie, Hollande, Angleterre), la prime était payée à la signature de la police, et, comme elle est le coût de l'assurance, on en concluait que le contrat n'existait point tant que la prime n'avait point été payée: *non receptâ per assecuratores valutâ seu pretio securitatis integraliter assecuratio nulla remanet* (Casareg., Disc. 1, n° 138 ; Baldass, t. 1, p. 88). Elle est encore en quelques pays, *v. g.* en Angleterre, payable

Digitized by Google

comptant, mais par fiction, c'est-à-dire qu'on exprime dans la police qu'elle a été payée; mais, en réalité, l'assureur en fait crédit au courtier ou au commissionnaire, en sorte que celui-ci en devient débiteur personnel.

Dans les circonstances actuelles du commerce, il n'existe plus de motif d'exiger le payement de la prime au comptant. Aussi ce payement se règle-t-il en *billets* à terme. On a compris que, sans le crédit, les opérations commerciales sont nécessairement limitées et restreintes; la facilité dans les payements contribue à leur multiplication, et le moyen d'attirer sur une place de grandes commissions d'assurance, c'est d'accorder aux assurés un certain délai pour le payement des primes.

162. — *Du consentement.* — Un intérêt assurable, un risque, une prime, sont des conditions requises dans l'assurance, mais ce n'est que par le consentement des parties sur toutes ces conditions que le contrat est parfait, c'est-à-dire que naît, pour l'un des contractants, l'obligation de payer la prime, et, pour l'autre, l'obligation d'indemniser. Or, l'objet du contrat est une éventualité de dommage, *damnum sub ratione incerti*, suivant une expression de Dumoulin. Si donc les contractants ne se trouvent pas dans une parfaite égalité relativement à la connaissance du risque et des circonstances qui le concernent (1), il ne saurait exister de consentement. Puis-je, en effet, consentir à prendre sur moi un risque, quand vous savez qu'il a cessé d'exister, *v. g.*, par la perte de

(1) In una perfetta equaglianza rispetto alla cognizione del risico e alla scienza delle circonstanze che lo rivestono (Baldass., t. 1, p. 123, n° 5).

Digitized by Google

la chose? et, de votre côté, vous n'avez pas certes voulu me payer une prime, quand je n'ignorais pas la cessation du risque, *v. g.*, par l'heureuse arrivée. *Ut contractus assecurationis justus sit necesse est ut eventus rei quæ assecuratur incertus sit saltem comparatione notitiæ quam uterque contrahens eâ de re habet* (Molin, *De contract.*, disp. 507. Baldass., t. 1, p. 125).

Le contrat exige donc une égalité parfaite en tout ce concerne le risque; c'est cette égalité qui en est l'âme : *Scientia utrinquè par contrahentes facit.*

163. — Mais, au moment du contrat, les situations respectives de l'assureur et de l'assuré sont loin d'être égales. L'assuré a, par devers lui, toutes informations, lettres, pièces, documents, qui peuvent faire apprécier le risque. L'assureur n'a nul moyen de vérifier si l'objet assuré est exposé à des dangers plus grands que ceux qu'on lui fait connaître, ou s'il existe des circonstances non révélées qui les aggravent. L'assuré lui doit un exposé sincère et complet de la vérité des faits tels qu'il les connaît. Ainsi l'exigent l'*alea du contrat*, la loyauté et l'équité.

164. — De là cette règle générale, absolue même, que l'assuré est tenu d'informer l'assureur de toutes les circonstances du risque qui sont parvenues à sa connaissance au moment du contrat. L'assurance étant aléatoire, il faut que l'un sache autant que l'autre, pour qu'elle soit contractée loyalement. Cette égalité seule en fait la légitimité et la validité. *It is a general rule, that the insured informes the insurer of all material circumstances which have come to his knowledge or information, at the time of making the policy, in order that the contract may*

Digitized by Google

be fairly adjusted; which being a contract upon chance cannot be valid, if one party knows more than the other. Equality in contracts, by the law merchant, is essential (Beaves, *Lex mercatoria*, p. 435).

En conséquence, toute allégation d'un fait faux, *allegatio falsi*, toute suppression ou réticence d'un fait vrai, *suppressio veri*, toute déclaration inexacte, toute omission même par erreur, *missrepresentatio*, *mistake*, d'un fait de nature à influer sur le risque ou sur l'opinion du risque, annule l'assurance (1).

165. — Mais, si la nature aléatoire de l'assurance exige, dans les contractants, une égale incertitude par rapport à l'événement sur lequel ils traitent, il devient indispensable, non-seulement de spécifier le risque, mais encore de constater les faits, les particularités, les circonstances, les déclarations qui s'y réfèrent, et de préciser la situation respective des parties au moment du contrat. Si donc il est un contrat où la rédaction par écrit soit d'une absolue nécessité, c'est l'assurance.

Police est le terme par lequel on désigne l'instrument de ce contrat, et souvent aussi de certains autres contrats maritimes (2).

La police est devenue partie essentielle de l'assurance.

(1) La matière des assurances est tellement délicate, que l'on peut dire avec Baldasseroni : *Si riguarda la più picola mancanza per la parte degli assicurati, come un diffetto insanabile ed irritante la natura del contratto.* L'auteur cite l'exemple d'une assurance annulée, parce que la police énonçait le capitaine *Danois*, tandis qu'il était *Suédois*, bien qu'on ne fît aucune différence entre les capitaines de l'une et l'autre nation (Baldass., t. 1, p. 19).

(2) *Polizza di carigazione*, connaissement; *polizza di cambio marittimo*, acte ou billet de prêt à la grosse.

Digitized by Google

Sans doute, à ne considérer le contrat qu'en lui-même et selon le droit naturel, il est tout entier dans le consentement des parties sur les conditions requises pour sa perfection. L'écriture n'en est que la preuve. *Scripturæ fiunt ut quid actum est per eas faciliùs probari possit.* (L. 4, D., *De fid. instrum.*). Il en a été ainsi de l'assurance dans les premiers temps ; elle se pratiquait verbalement, *en confiance* ; deniée, on la prouvait par témoins et par serment. Cet état de choses ne pouvait durer. Il n'est point de contrat où la fraude, le dol, les déceptions de tout genre puissent se glisser plus impunément. Il fallut y apporter remède, et le seul moyen possible d'atténuer, sinon de supprimer tous les inconvénients, c'était la rédaction écrite du contrat.

Les règlements ou statuts ordonnèrent que l'assurance fût constatée par *acte public*; c'était passer d'un excès de confiance à un excès de défiance. Quelques-uns imposèrent même une formule officielle ; c'était une aberration législative.

166. — Quoi qu'il en soit, il fut admis comme axiome dans le commerce, que l'assurance non écrite ne donnait aucune action devant les tribunaux : *Pas de police, pas d'assurance*, tel est l'adage et le principe (1).

Néanmoins, les docteurs, séparant les conditions requises dans le contrat des conditions requises dans la police, continuèrent de distinguer dans l'assurance la forme essentielle ou interne, et la forme accidentelle ou externe, distinction purement scientifique.

167. — Les *requisita* de la police, c'est-à-dire les dé-

(1) Bald., t. 1, p. 43, nos 7, 8, 9.

Digitized by Google

signations ou énonciations prescrites, se réfèrent en général :

A la personne de l'assuré, agissant dans son intérêt ou pour le compte d'autrui ;

A l'espèce et à la nature de la chose assurée, navire ou marchandise ;

Au lieu du départ ou du reste, du chargement ou de la décharge ;

A la détermination du risque, quand il commence, quand il finit :

Au taux et au payement de la prime, et aux modifications qu'elle peut subir :

Aux clauses et conditions particulières à l'assurance contractée ;

A la date et à la souscription de la police.

Une fois consignées, les conventions entre l'assuré et l'assureur deviennent leur loi. Quand elles n'ont rien de contraire aux lois, il n'est jamais permis de s'en écarter, parce qu'elles sont la meilleure expression de la volonté des contractants : *In materiâ assecurationis principaliter inhærendum est verbis apocæ assecurationis; quin imò pro lege habenda sunt, nec ab iis recedere debemus, quiâ contrahentium voluntas meliùs haberi non potest* (Casareg., Disc. 1, n° 1). En cas d'obscurité ou d'insuffisance, elles doivent être interprétées suivant le sens des termes et les usages reçus dans le commerce : *Ex stylo, vel consuetudine et praxi iste contractus interpretandus est, et debet explicari, licèt de jure contrarium dicendum esset* (Casareg., Dis. 1, n°s 3, 7).

168. — Si le contrat d'assurance est doué d'une nature qui lui est propre, il produit aussi des effets particuliers, c'est-à-dire appropriés à sa fin. Or, quelle est

Digitized by Google

cette fin? La réparation d'un dommage causé par les dangers de la navigation.

Effets principaux de l'assurance. — La chose assurée n'a-t-elle subi aucune *perte* ou diminution dans la quantité, aucune *avarie* ou altération dans la qualité, nul dommage, nulle indemnité due par l'assureur. L'engagement de l'assureur, par l'institution même de l'assurance, consistant à indemniser l'assuré du préjudice qu'il pourra éprouver dans sa propriété, ce n'est que dans le cas d'une perte ou d'une avarie totale ou partielle, que l'assuré est fondé à diriger une action en réparation du dommage éprouvé.

Cette action est l'action d'*avarie* (1), action personnelle, propre au contrat, déduite de sa nature. Elle a, en effet, pour objet de procurer à l'assuré une indemnité égale au préjudice, sans qu'il cesse d'être propriétaire de la chose assurée.

Or, évidemment l'indemnité entière de la valeur de cette chose ne lui est due qu'autant que la perte est totale *per se*, c'est-à-dire que la chose est détruite ou qu'elle est devenue pour lui sans valeur. Néanmoins, les usages et les législations ont assimilé à une perte totale certaines circonstances dans lesquelles la chose n'est pas entièrement perdue, ou est susceptible d'être recouvrée en tout ou en partie, et, dans ces cas, l'assuré a été autorisé à exiger l'indemnité correspondant à la valeur du risque, sous la condition de délaisser à l'assureur la propriété de la chose (369 et suiv. C. comm.).

Cette action est l'action en *délaissement*; elle est en dehors du contrat, elle fait même violence au contrat; car, par le délaissement, l'assureur est mis au lieu et place de

(1) Ce mot est alors pris dans une acception étendue.

Digitized by Google

l'assuré, et devient propriétaire incommutable de toute la chose assurée ; ce que l'on exprime en disant que le délaissement ne peut être ni partiel, ni conditionnel. L'assuré, en effet, ne peut recevoir toute l'indemnité due, et retenir néanmoins partie de la chose ; sans quoi il retirerait un bénéfice de l'assurance.

Or, l'assurance n'étant qu'un contrat d'indemnité, c'est par un effet contraire à sa nature que le délaissement opère une transmission de propriété de la chose assurée, et impose à l'assureur les avantages et les désavantages d'une propriété à laquelle il doit rester étranger. L'action en délaissement est donc et a dû être restreinte à des cas spécifiés par les lois ou les usages, et soumise à certaines formalités, tandis que l'action d'avarie procède dès qu'il y a lieu à indemnité. Là où l'action en délaissement est ouverte, l'assuré n'est pas obligé de délaisser ; il a l'option entre l'une et l'autre action (art. 409 C. comm.).

Lorsque la perte est totale, ou présumée telle, il semblerait qu'il soit indifférent d'intenter l'une ou l'autre action, puisque l'assuré a droit à l'indemnité totale, et que l'une ou l'autre action la lui procure. Néanmoins, abstraction faite des délais et des formes prescrites pour le délaissement, il est une différence qui tient au caractère propre des deux actions. Par l'action d'avarie, l'assuré obtient l'indemnité due, mais sans cesser d'être propriétaire de la chose perdue ou présumée perdue, si elle vient à être recouvrée, sauf, en ce cas, à restituer à l'assureur partie de l'indemnité proportionnelle à la valeur recouvrée. Le délaissement, au contraire, rend l'assureur propriétaire incommutable de la chose délaissée ; elle lui appartient si elle est recouvrée, et, en tout cas, il a droit au sauvetage.

Digitized by Google

169. — Cette analyse succincte du contrat d'assurance suffit à notre but, mais elle était nécessaire pour mettre en évidence son caractère fondamental et distinctif, pour réfuter les divers systèmes qui, par voie d'analogie, y appliquent les règles de contrats essentiellement différents, et pour montrer que les difficultés que peut présenter la pratique de l'assurance doivent être résolues par des principes qui lui sont propres.

Il en résulte, comme le dit Émérigon, que « l'assurance « proprement dite n'est ni une vente, ni un louage, ni une « société, ni une gageure, ni rien de ce que certains doc- « teurs ont imaginé. C'est un contrat tel qu'il a été créé « par la nature des choses. »

L'idée la plus simple que l'on puisse s'en faire est celle d'un contrat d'indemnité (Guidon, chap. 1, art. 1). Indemniser l'assuré, c'est-à-dire, moyennant une prime le rétablir dans la valeur de la chose perdue, quel est le *quantùm* du risque couru, dans quelles limites l'assureur est-il obligé ?

Tel est, en substance, ce contrat, d'institution moderne, né des besoins et des rapports du commerce. Nul autre ne remplit la même fin. Il a son individualité, ses caractères, ses règles (1).

170. — C'est sur la nature propre du contrat que se fonde, en matière d'assurance commise, une dérogation remarquable aux principes généraux de la commission.

En effet, qu'une facture, un ordre de livraison, un mandat de payement, ne désignent point la personne à laquelle on doit livrer ou payer; que ces titres soient conçus à ordre ou au porteur, c'est ce qui se pratique chaque jour et sans

(1) Constat suâ naturâ et propriis qualitatibus (Stypm.).

Digitized by Google

grave inconvénient. Mais, dans l'assurance, il n'en saurait être de même ; le caractère du contrat s'y oppose. D'un côté, l'indication de la personne de l'assuré n'est pas sans influence sur l'opinion du risque ; et, à moins d'une convention, elle n'est pas omise impunément ; d'un autre côté, sans cette désignation, comment vérifier l'intérêt au risque ? Aussi les polices *en blanc*, c'est-à-dire qui n'expriment pas la personne qui se fait assurer ou qui fait assurer pour compte, sont-elles proscrites. Ce serait une source de désordres et d'abus.

171. — L'assurance directe, celle que le commerçant contracte lui-même, n'est souvent ni possible, ni avantageuse, parce que la place n'a pas d'assureurs, ou que ceux-ci ne veulent pas courir le risque proposé, tandis que, sur une autre place, le nombre et la concurrence des assureurs abaissent le taux des primes. Souvent aussi elle contrarie les projets du commerçant qui a des motifs de ne pas divulguer sa spéculation.

Ainsi se révèle l'utilité ou la nécessité de *l'assurance pour compte.*

Celui donc qui contracte l'assurance n'est pas toujours le véritable assuré, l'intéressé.

Or, que, s'agissant de la chose d'autrui, il traite l'assurance en son propre nom, sans désigner aucun *pour compte*, les assureurs ont du croire qu'elle le concernait uniquement, et, le sinistre arrivant, ils s'arment de cette défense péremptoire : L'assurance ayant été contractée en faveur de votre personne, à votre bénéfice, vous n'avez pas le droit de l'appliquer à tout autre ; vous êtes sans intérêt ; or, sans intérêt pas d'assurance.

Néanmoins, peut-on dire, dès qu'un risque réel correspond à la somme assurée, pourquoi l'exception *dominii*

Digitized by Google

serait-elle fondée de la part des assureurs? N'ont-ils pas contracté avec l'assuré? Un acheteur pourrait-il dire au commissionnaire vendeur : je ne vous dois rien, ou je refuse de vous payer, parce que vous n'étiez pas propriétaire de la chose vendue; un commissionnaire de transport, responsable de l'avarie des effets transportés, pourrait-il objecter au destinataire : vous n'avez pas d'action contre moi, car les effets avariés ne vous appartiennent pas? Il est de règle qu'à celui qui agit en vertu d'un contrat, l'exception *dominii* n'est pas opposable; chacun doit à sa signature (1).

La maxime est vraie, et personne n'en doute. Mais où et quand est-elle applicable? C'est le point capital. Serait-il donc vrai que la question de savoir qui a intérêt au moment de l'assurance serait superflue?

Non, sans doute. En effet, autorisez l'assurance sur la chose d'autrui, et que l'assureur ne puisse se prévaloir du défaut d'intérêt, aussitôt l'assurance dégénère, elle se transforme en une spéculation purement hasardeuse, en un jeu, en une gageure. Dès lors aussi s'introduit dans le commerce un agiotage en matière d'assurance, non moins funeste et pernicieux que l'agiotage en fait de marchandises ou d'effets publics (2). La spécialité de l'assurance rejette l'application de la règle de droit susénoncée.

L'assurance ne peut se maintenir dans son originalité, dans sa pureté, sans la stricte observation du principe : *Pas d'assurance sans intérêt.*

(1) Emerig., t. 1, p. 155; Baldasseroni, t. 1, p. 180.

(2) Le statut de Gênes de 1588 prohibe l'assurance gageure, et témoigne avec quelle fureur on s'y livrait. On assurait sur la vie des rois, des empereurs, des papes; sur les révolutions des cités, des royaumes; sur la prise d'une flotte, d'une place; sur les mariages, les naissances, les décès; sur la guerre et même sur la peste.

Digitized by Google

D'où il suit que, dans l'assurance commise, il est indispensable de déclarer le donneur d'ordre, ou du moins d'exprimer le *pour compte*. « Si, en matière de commission « en général, dit M. Delaborde, *ubi suprà*, p. 144, les « tiers ignorent que ce soit pour autrui que le commission- « naire agisse, il n'en est pas de même en fait d'assurances « maritimes, dans le cas particulier où le commissionnaire « déclare positivement à l'assureur que c'est dans un in- « térêt étranger au sien que l'assurance a lieu.... »

Dans le premier cas, celui de la nomination du donneur d'ordre, c'est en faveur et dans l'intérêt de ce dernier que l'assurance est contractée ; c'est sa chose qui en est l'objet ; c'est lui qui est le véritable assuré, encore bien que les assureurs suivent la foi du commissionnaire quant au payement de la prime.

Dans le second cas, celui de la simple énonciation du *pour compte*, les assureurs ont consenti à l'*incognito* de la personne, et, par cela même, l'assurance est applicable à toute personne qui justifiera d'un ordre donné avant le sinistre et d'un intérêt au risque assuré.

Comme on le voit, l'énonciation du *pour compte* n'est pas une prescription arbitraire ; elle est inhérente à la nature du contrat d'assurance. Que le commissionnaire puisse taire le commettant ou seulement le *pour compte*, et rien ne sera plus facile que de la faire dégénérer en un jeu illicite, ou de l'appliquer avec un agio au bénéfice de qui, avant le sinistre, n'avait pris soin de se faire assurer.

172. — L'expression la plus usuelle du *pour compte* est la formule suivante :

« Jacques se fait assurer pour compte de qui il appar- « tiendra. »

Digitized by Google

Conçue d'une manière générale, la formule comprend tous ceux qui plus tard justifieront d'un ordre d'assurer et d'un intérêt à l'assurance, de quelque pays, de quelque condition qu'ils soient. Tel est le sens étendu que l'usage et la jurisprudence lui ont donné depuis plus d'un siècle (1).

La simple énonciation du *pour compte* satisfait aux exigences du contrat et de la loi, *à fortiori* l'énonciation du *pour compte* avec déclaration du commettant, ou du donneur d'ordre. Quelques législations ont prescrit la production de l'ordre et la mention, dans la police, à requête de qui elle est faite (Baldass., t. 1, p. 205). Sans recourir à ce rigorisme qui rend l'assurance plus difficile, on remédie à tous les inconvénients, et sans préjudice pour le commerce, par l'expression d'un simple *pour compte*, sous la condition de justifier, en cas de sinistre, de l'ordre d'assurer et de l'intérêt au risque.

173. — Mais, de quelque manière que le commissionnaire l'exprime, outre qu'à l'égard de son commettant il reste soumis aux principes généraux précédemment exposés sur l'exécution conforme de son mandat, il doit bien prendre garde à communiquer à l'assureur toutes les circonstances du risque qui lui sont transmises, ou qu'il connaît par lui-même, à ne rien dissimuler, taire, ou omettre, qui puisse influer sur le risque ou sur l'opinion du risque. Une négligence, une erreur même involontaire

(1) V. Valin, art. 48, p. 113. — Emérig., ch. 11, sect. 4, ch. 12, sect. 20.—Baldasseroni, t. 1, p. 199, 201, cite un parère des commerçants de Livourne, de Gênes, de Venise, d'où il résulte que *le parole amplissime* per conto di chi spetta *secundo l'uso commune del favellare, comprendono ogni genere di persone di qualsivoglia paese, e di qualsisia condizione.*

Digitized by Google

suffit pour rendre l'assurance nulle, et compromettre gravement sa responsabilité.

En effet, le commissionnaire et le commettant ne font qu'une seule et même personne; ils s'identifient au moment où l'assurance est contractée, de telle sorte que tout ce que le commissionnaire sait ou est présumé savoir, le commettant est réputé le savoir (1); et réciproquement, tout ce que le commettant connaît ou est présumé connaître est réputé connu du commissionnaire (2).

174. — Cette fiction d'identification est une conséquence nécessaire du *pour compte;* car, au moment du contrat, il n'y a de parties contractantes que l'assureur et le commissionnaire, et celui-ci est forcément réputé l'assuré à l'égard du premier. *Non est dubitandum quòd contractus in solâ personâ stipulatoris radicatus dicatur, licèt commodum vel utilitas ad alium spectet, quià regulariter attenditur persona cum quâ contractum fuit.* (Casareg., *passim.*)

175. — De ce principe il suit que tout dol, toute fraude, toute réticence, toute dissimulation, toute fausse déclaration de la part du commissionnaire, toute omission ou erreur même d'un fait de nature à influer sur le risque ou sur l'opinion du risque, vicie l'assurance, comme si le commettant en était l'auteur direct et bien qu'il en soit complétement innocent (3). Par exemple, la connaissance

(1) Whatever is known to the agent, must be taken to be known to the principal (Paley, p. 197).

(2) The principal must be taken to know whatever the agent knows (*ibid.*).

(3) Although, dit Park, p. 208, 212, the act kann not to be traced at all to the owner of the property, or even though he should be

Digitized by Google

positive ou présumée du sinistre dans la personne du commissionnaire annule l'assurance tout aussi bien que si le commettant en avait eu une connaissance positive ou présumée. *Se reputino irrite tutte le assicurazioni tanto fatte dal principale, che dal suo procuratore, quando nell' uno e nell' altro caso al tempo della conclusa assicurazione potera sapersi, o era presumibile la notizia del sinistro della cosa assicurata* (Baldass., t. 1, p. 208). L'auteur ajoute que, s'il y a eu doute quant à la connaissance présumée, toute contestation a cessé devant des décisions solennelles (1).

Par une conséquence de la même fiction, le commissionnaire fût-il de bonne foi au moment du contrat, eût-il exactement communiqué à l'assureur toutes les déclarations ou pièces qu'il a reçues, l'assurance est nulle, s'il y a eu dol, fraude, réticences, etc., de la part du commettant, ou même si celui-ci est présumé avoir connu l'événement; car, en cette matière, non-seulement une fraude commise, mais même la possibilité d'une fraude suffit pour annuler le contrat (art. 365 C. comm.). Le commissionnaire répond à l'assureur du fait de son commettant : *factum ejus præstat sicuti suum.*

Néanmoins, lorsqu'en apprenant le sinistre le commettant révoque son ordre, mais qu'avant la réception de sa lettre l'assurance a été exécutée par le commissionnaire,

perfectly innocent, because the law, upon general reasons of policy, will presume that the principal must know whatever has kome to the knowledge of the agent.

(1) Même solution dans le droit anglais : Upon general principles of policy, it must be taken for granted that the principal knows whatever the agent knows. There is no difference between personal and constructive (présumée) notice, except as to guilt (Paley, p. 199).

Digitized by Google

on a quelquefois admis, sur l'autorité d'Émérigon, t. 2, ch. 15, sect. 8, l'exception de bonne foi en faveur du commettant. L'on s'est fondé sur le texte de l'art. 365 du Code de commerce, la présomption établie par cet article existant seulement lorsque la nouvelle de l'événement a pu être portée, avant la signature de la police, dans le lieu où l'assurance est contractée, et non dans le lieu où l'ordre d'assurer a été exécuté. Cette exception est d'autant moins admissible qu'en fait le parcours de trois quarts de myriamètre par heure est aujourd'hui illusoire, vu la rapidité des communications par les chemins de fer et les télégraphes, et qu'en droit il est de maxime que la fiction opère à l'égal de la vérité : *Tantùm operatur fictio in casu fictitio, quantùm veritas in casu vero.* D'ailleurs, l'identification du commissionnaire et du commettant repose sur l'intérêt bien entendu du commerce, ou, comme le dit Park, *upon general reasons of policy*, et, si quelques intérêts particuliers peuvent en souffrir, mais rarement, elle peut seule maintenir la stricte égalité, base d'un contrat qui exclut l'ombre même d'une fraude.

176. — Les deux règles ci-dessus, fondamentales dans la commission d'assurance, se réduisent à deux axiomes ainsi formulés par Casaregis :

Scientia procuratoris nocet ipsi domino, etiam ignoranti;

Scientia domini præjudicat sibi, licèt ejus procurator eam non habuerit (Disc. 9, n° 11; Disc. 19).

Sans la rigoureuse observance de ces deux règles, quel moyen certain de déjouer la fraude? Tantôt elle se masquerait sous la bonne foi du commissionnaire, dont elle se ferait un instrument ; tantôt le commettant, au mépris de la conscience et de la loyauté, profiterait de l'acte frauduleux de son commissionnaire ; ce qu'il ne peut faire sans

Digitized by Google

se constituer lui-même en dol : *Utens actu doloso dicitur doum committere, licèt eum non fecerit* (Casareg., Disc... n° 13).

177. — Tant que dure le *pour compte,* le commissionnaire remplit forcément le rôle d'assuré à l'égard de l'assureur ; réputé *par intérim* le véritable intéressé, il en a les obligations et les droits. Il est débiteur personnel de la prime, et garant de la vérité des déclarations faites ; c'est contre lui qu'il est possible à l'assureur d'agir en payement de la prime, et de demander, le cas échéant, la ristourne totale ou partielle de la police. Sans la garantie personnelle de la prime qui fait sa spéculation, l'assureur ne contracterait pas. Coût de l'assurance, la prime était autrefois payable comptant, et son payement, une condition du contrat ; devenue payable à terme ou en billets, on n'en fait confiance qu'à la personne du commissionnaire. « La personne pour compte de qui l'assurance « se fait, est souvent un homme étranger à la place, ou « n'y a aucun crédit » (Emérig., ch. 5, sect. 4).

Il n'importerait que le commissionnaire eût exprimé, dans le *pour compte,* par ordre de qui il agit ; il ne cesserait pas d'être débiteur personnel de la prime ; l'agissement *par ordre et pour compte* n'est pas synonyme de l'agissement *procuratorio nomine* (V. *suprà,* n° 125). En énonçant le *par ordre,* le commissionnaire n'engage pas moins sa foi. « L'usage du commerce, dit Valin, art. 3, « p. 32, est que l'assureur s'adresse au commissionnaire « pour le payement de la prime, et que sur son refus il le « traduise en justice, où il subit volontairement la con- « damnation moyennant sa garantie contre le commet- « tant. Ce qui est reconnaître que le commissionnaire « contracte en pareil cas une obligation tacite personnelle

Digitized by Google

« et solidaire, et au fond cela paraît juste, parce que l'in-
« térêt du commerce l'exige, et c'est au commissionnaire
« à prendre ses mesures et ses sûretés avec son com-
« mettant. »

De même encore il est tenu, comme s'il était l'assuré, de communiquer sans délai à l'assureur tout ce qu'il a appris sur le sort de la chose assurée, de lui transmettre tous les avis qu'il a reçus et de prendre toutes mesures conservatoires dans l'intérêt de l'assureur et dans celui de son commettant.

Mais aussi, par suite de la même fiction, il est en droit de faire toutes les réserves que bon lui semble, de remplir les formalités ou de faire toutes les notifications nécessaires pour arriver soit à un règlement d'avaries, soit à un délaissement, d'agir même en justice sans égard à la vieille maxime de droit civil : *Nul ne plaide par procureur*. Ainsi, l'assureur vient-il à tomber en faillite avant le risque fini, c'est un devoir et un droit pour le commissionnaire de demander caution ou la résiliation du contrat. (Art. 346 C. comm.) (1).

178. — La police étant résiliée, le commissionnaire est-il autorisé à contracter une nouvelle assurance sans un nouvel ordre? Il doit, dit Valin, art. 3, p. 31, donner avis à son commettant et attendre des ordres. Il ne peut de son chef faire assurer de nouveau pour son commettant, l'ordre de faire assurer n'emportant nullement de droit celui de faire une seconde assurance, si la première se trouve caduque et sans effet.

La décision de Valin est juste dans l'espèce supposée;

(1) Cet article prohibe implicitement l'assurance de la solvabilité de l'assureur, assurance permise par l'ordonnance (art. 20).

Digitized by Google

Mais, s'il y a urgence, si les circonstances de temps et de lieu ne permettent pas de consulter le commettant, de différer sans danger, *v. g.*, l'ordre était d'assurer sitôt sa réception, *perdu ou non perdu*, sans aucune fixation de prime, alors l'espèce rentre dans l'un des cas insolites dont il a été parlé t. 2, n° 181, et la nouvelle assurance qui aurait été faite par le commissionnaire serait régie par application des principes établis n°s 288, 312 et suiv. (*Ibid.*). *Mandatarius si in casu inopinato aliquod prudens expediens accipit, nullum in hoc præjudicium sentire debet* (Casareg., Disc. 69, n° 13; Disc. 125, n° 22). Emérigon, t. 1, p. 147, dit aussi : « Un nouvel ordre n'est pas nécessaire pour faire réassurer, aux frais du failli, le risque « pendant. Nos négociants commissionnaires sont trop attentifs à l'intérêt de leurs commettants pour négliger « jamais cette opération, qui exige la plus grande célérité. »

179. — La position anormale du commissionnaire, tenu du payement de la prime malgré l'énonciation du *pour compte* et du *par ordre*, autorisé à ester en justice, en son nom, pour autrui, est le résultat d'un usage fondé sur une longue expérience. Quelle entrave, en effet, à la pratique d'une opération devenue indispensable au commerce, si les contestations journalières qui en peuvent naître ne pouvaient être décidées avec célérité, peu de frais, au lieu où l'assurance a été faite, entre les mêmes personnes qui l'ont contractée ! (V. Emérig., ch. 11, sect. 4; *Parère de Gênes.*)

180. — Le *pour compte*, dans la généralité de ses termes, comprend tous ceux qui ont intérêt à l'assurance. *Propter formulam* per conto di chi spetta *dubitari non*

Digitized by Google

potest assecurationem valere ad beneficium interesse habentium super mercibus, ob eam rationem tantùm quid sub hâc generali formulâ comprehenduntur utpotè si fuissent à partibus expressi ac specialiter nominati, et nihil aliud exigitur quàm indicatio personæ ad quam verò merces deperditæ spectant (Casareg., Disc. 4, n° 10).

Or, si, dans l'intérêt du commerce, l'usage et les lois ont permis de ne pas révéler, lors de la formation du contrat, le nom du véritable assuré, à l'époque du sinistre il devient indispensable que la vérité se manifeste et que toute fiction cesse. Il faut, en effet, que l'ordre d'assurer donné en temps utile, ou son équivalent (1), soit produit; il faut que l'intérêt à l'assurance soit justifié. « Dispenser « l'assuré qui se qualifie de commissionnaire, de l'obliga- « tion d'administrer la preuve de l'un ou de l'autre de ces « faits, ou même se borner à accueillir à cet égard une « preuve imparfaite, ce serait implicitement autoriser, en « matière de commission, les assurances par gageure « qu'en tout cas on doit sévèrement proscrire. » (M. Delaborde, *Avaries*, p. 148.)

181. — Justification de l'ordre d'assurer donné par le commettant au commissionnaire en temps utile;

Justification de l'existence d'un risque auquel le commettant est intéressé au moment du contrat:

Telles sont les deux conditions essentielles, sans lesquelles l'assurance demeure sans effet:

Quant à l'assuré qui se qualifie de commissionnaire, puisque, la chose assurée ne lui appartenant pas, il est sans intérêt au risque;

(1) La ratification, avant le sinistre, d'une assurance faite sans ordre.

Digitized by Google

Quant au propriétaire de la chose, puisqu'il n'a donné ni ordre, ni ratification. L'assuré s'est porté *negotiorum susceptor*, et, sans une ratification, le maître n'est pas plus lié envers lui que l'assureur ne l'est envers le maître (V. *suprà*, nos 135 et suiv.) (1).

182. — L'ordre ou la ratification étant un fait, la preuve en doit être faite d'une manière concluante. La nature spéciale du contrat exige qu'il soit spécial, c'est-à-dire relatif à l'assurance commise et au risque qu'elle couvre. Aussi, suivant la coutume commerciale et nonobstant l'opinion de quelques jurisconsultes ou docteurs (2), un mandat, quelque général qu'il soit, *v. g.*, celui d'un capitaine, d'un préposé, n'autorise pas à faire une assurance pour compte, à moins qu'il ne contienne une clause à cet égard. *Nè il mandato generale, nè quello che ha l'institore, il socio, l'agente e fino il capitano di nave, è atto à convalidare il contratto, si in tempo opportuno non sia corredato dalla ratifica* (Baldass., t. 1, p. 203).

183. — Mais la preuve ou la production de l'ordre ne

(1) Senza mandato o senza ratifica torna in scena la mancanza del risico, et la preesistenza dell' interesse, forma essenziale del contratto (Baldass., t. 1, p. 205, *in notis*).

(2) Cur ad assecurationem mandatum speciale requiratur non video, neque unquàm id sibi exhiberi postulant assecuratores. Etiàm generales mandatarii vel cognitores generaliter curare jussi, quod ex re domini videatur, in hanc rem videntur sufficere, præsertim cùm et ipsorum intersit res de quibus agitur salvas esse. Admisserim etiàm eos homines, quos *factores* solemus appellare, quin et quod magis est etiàm gestorem admiserim; quid enim is in re amici sui non versetur eâ prudentiâ, quam assidui patresfamilias adhibent. Si negligat, non ausim eum a culpâ levissimâ absolvere (Binkersoek, *Quæst. jur. priv.*, l. 4, cap. 1, p. 524).

Digitized by Google

suffit pas. Il faut, en outre, qu'il soit justifié que le donneur d'ordre a un intérêt légitime mis en risque.

Or, comment justifier de cet intérêt?

Dans l'assurance sur le navire, la preuve résulte de l'acte de propriété du navire. Qu'un navire ne puisse prendre la mer, sans que préalablement il soit constaté, dans des formes requises, à quelle nation, à quel port, à quel armateur il appartient, c'est une loi de police générale de la mer reconnue par tous les peuples civilisés. Il est donc toujours facile de prouver qui, en qualité de propriétaire, est intéressé à son assurance.

Quant à l'assurance sur marchandise, la police et le connaissement (1) sont les deux titres dont la *relation* justifie l'intérêt au risque.

Nous disons *relation* : car, sans un trait d'union ou un lien entre ces deux titres, l'assurance ne saurait acquérir une assiette stable et fixer la condition des parties. Que le connaissement soit conçu de manière à s'adapter ou à ne pas s'adapter arbitrairement à l'assurance, l'assuré pourrait s'en autoriser, en cas d'heureuse arrivée, pour la ristourner faute de risque, et, en cas de perte, pour exiger indemnité. Or, cet abus ou cette fraude n'est pas possible, dès qu'on exige concordance entre le connaissement et la police.

Par exemple, l'assurance est faite *pour compte de*

(1) Le connaissement est l'écrit par lequel le capitaine de navire reconnaît avoir reçu des marchandises à bord, et s'oblige à les transporter à une destination convenue.

Il est signé par le capitaine et le chargeur, à personne, à ordre ou au porteur; il fait foi entre les parties, et même entre les parties et l'assureur. Toutefois l'assureur, étranger à sa rédaction, est toujours recevable à en critiquer les énonciations, car cet acte peut être le résultat d'une fraude concertée entre l'assuré et le capitaine (Guidon, chap. 15, art. 7. Art. 283 C. comm.).

Digitized by Google

Pierre, ou *pour compte de qui il appartiendra*, et le connaissement énonce : chargé *pour compte de Pierre* ; d'un autre côté, l'ordre d'assurer donné par Pierre est produit ; il y a relation parfaite entre la police et le connaissement. L'assuré est bien celui qui a chargé, celui que le risque intéresse.

184. — C'est l'ordre d'assurer qui fait le trait d'union entre la police et le connaissement. On en sentira mieux encore la nécessité, lorsque le *pour compte de l'assurance* et le *pour compte du connaissement* ont été exprimés d'une manière indéterminée, *v. g.* : assuré *pour compte de qui il appartiendra*, chargé *pour compte de qui il appartiendra*. Sans l'ordre d'assurer, on ne peut dire qu'il y ait relation entre la police et le connaissement ; sans cet ordre, rien ne prouve l'identité entre l'assuré et le chargeur, entre l'assuré et le véritable intéressé au risque.

Cependant Émérigon dit, t. 1, p. 321 : « Il n'est pas « nécessaire que la relation se trouve *in formâ specifica* ; il suffit qu'elle soit implicite. — Il suffit que le « porteur de l'assurance, en cas de sinistre, représente un « connaissement de marchandises d'une valeur relative à « la somme assurée pour qu'il ait action d'exiger la perte ; « parce qu'il y a relation implicite entre les deux pièces. »

Ainsi, suivant cette doctrine, le fait que le connaissement et la police se trouvent aux mains de la même personne légitimerait le bénéfice de l'assurance au profit du porteur. Or, cela ne saurait être ; car, comme on l'a dit *suprà*, n° 180, l'assurance *pour compte* ne peut être valable, qu'autant qu'il apparaît de l'ordre d'assurer donné par celui qu'elle intéresse. Ce n'est pas la conformité du chargement aux énonciations de la police, c'est cet ordre donné par le véritable assuré qui peut démontrer l'intérêt au

Digitized by Google

risque, en établissant relation entre les deux polices d'assurance et de chargement. Cet ordre n'existe-t-il pas, le champ est ouvert à la fraude, à l'assurance-gageure, et, la perte étant survenue, rien n'empêche de dissimuler l'absence de l'intérêt au risque par la substitution d'une personne étrangère à l'assurance (1).

On doit donc rejeter cette doctrine, et s'en tenir à celle qui exige impérieusement la production de l'ordre. Baldasseroni la retrace en ces termes : *Qualunque sia l'indicazione della persona terza, per cui si eseguisce l'ordine e il contratto, è indubitato, che dandosi il caso... l'assicurato deve giustificare l'ordine* (t. 1, p. 204).

185. — Des auteurs éminents ont, cependant, enseigné que l'assureur n'est pas recevable à opposer à l'assuré le défaut de propriété, parce qu'il est permis de faire assurer la chose d'autrui (2). Dès lors que la police d'assurance est conforme au connaissement, peu importe à l'assureur que les effets assurés appartiennent ou non à l'assuré ; peu lui importe à qui il payera. Il suffit que la matière du risque se trouve dans le navire (Valin, t. 2, p. 134; Emérigon, t. 1, p. 135; Baldasseroni, t. 1, p. 199).

Il y a, ce nous semble, dans cet enseignement une er-

(1) L'art. 337 du Code de commerce autorise, en certaines circonstances, l'assurance *in quovis navigio, in quovis genere, in quávis personâ*, en sorte que l'assurance peut être faite sans désignation du navire, sans désignation de la marchandise, sans désignation du chargeur, même du consignataire.

C'est une exception poussée au delà de toutes limites ; l'assurance est applicable à tout navire, à toute marchandise, à toute personne.

(2) Oui, mais à la condition d'exprimer le *pour compte*, et de pouvoir vérifier que l'assurance de la chose d'autrui a été réellement commise par le propriétaire.

Digitized by Google

reur et une confusion facile à reconnaître et qu'il suffit de faire remarquer.

Autre est la question de savoir si l'assurance est légitime, valable; autre, celle de savoir qui peut exiger le montant du sinistre, à qui le payement en peut être fait.

S'agit-il de la validité de l'assurance, nul ne peut se faire assurer pour compte d'un tiers, si le tiers n'a ordonné le *pour compte* et ne prouve un intérêt au risque.

Ces deux preuves faites, ne s'agit-il que du payement de l'assurance, alors il est vrai de dire que l'assureur ne peut opposer à l'assuré le défaut de propriété ; il doit, et, pourvu qu'il paye valablement, il lui importe peu à qui il payera. Or, la police est un papier négociable.

186. — On convient souvent dans la police que l'assuré ne sera pas tenu de justifier le risque, les assureurs s'obligeant à payer sur la représentation de la police.

Il n'est pas défendu, dit Émérigon, de convenir que l'on s'en tiendra à la bonne foi d'un autre. D'ailleurs le pacte convenu dispense l'assuré non de la réalité, mais de la preuve du chargement, et l'assureur est toujours en droit de faire la preuve du contraire.

La raison de droit invoquée par Émérigon n'est vraie et applicable que *pro subjectâ materiâ*. Nul, en effet, ne peut stipuler qu'il ne répondra pas de son fait, lorsque l'accomplissement de ce fait est essentiel à la validité du contrat, ou constitue une obligation contractée. Or, sans l'existence d'un chargement mis en risque, pas d'assurance. L'assureur, dit-on, peut prouver que le risque n'existe pas ; mais quel moyen a-t-il de le faire ? L'existence du risque et la preuve du risque se tiennent si intimement que *idem est non esse aut non apparere*. La

Digitized by Google

clause n'est donc propre qu'à ouvrir la porte à des assurances simulées ou frauduleuses, et dès lors elle est condamnée comme illicite par cette règle de morale pratique : *Pacta non sunt servanda quæ invitant ad delinquendum.* Valin et Pothier l'ont proscrite, contre le sentiment de Casaregis, de Targa, de Roccus. « Elle peut être bonne, « dit Valin, pour l'Italie et les autres pays où l'assurance « peut se faire par forme de gageure. Mais en France, où « il en est autrement, je tiens que cette clause est illi- « cite... s'agissant d'une condition essentielle pour valider « l'assurance. » (Valin, t. 2, p. 129.)

Baldasseroni reprend Valin de n'avoir pas saisi le sens qu'on lui donne en Italie. En vertu de la clause, l'assuré n'obtient contre l'assureur qu'une condamnation provisoire *nel giudizio esecuttivo;* lors de la condamnation définitive *nel giudizio ordinario*, il est tenu de faire sa preuve, nonobstant toute convention (Baldass., t. 2, p. 233) (1).

187. — Le connaissement n'est ni la preuve infaillible, ni la seule preuve du chargement ou du risque ;

Ni la preuve infaillible. On ne doit pas, il est vrai, facilement suspecter une collusion entre l'assuré et le capitaine du navire ; l'honneur du commerce et la dignité du commandement ne le permettent pas, ou plutôt le défendent. Le connaissement *en forme régulière* fait donc

(1) Le *giudizio esecutivo* de Baldasseroni répond à la condamnation provisoire de l'art. 384 du Code de commerce. Dans certains cas, et l'assurance en est un exemple, le débiteur doit payer avant de pouvoir invoquer une exception ou établir une preuve. C'est ce qu'exprime l'adage italien : *Prima pagare le somme assicurate, e poi litigare la causa*, et avec plus d'énergie l'adage allemand : Geld zuerst, Recht nach, l'argent d'abord, le droit ensuite.

Digitized by Google

foi même contre l'assureur. Mais cette foi n'est pas irréfragable et peut être démentie ; car une fraude contre l'assureur est possible ; l'expérience l'atteste. Trop souvent des commerçants, d'ailleurs honnêtes, ne se font pas un scrupule, en cas de perte, de s'indemniser, *v. g.*, dans une faillite, aux dépens des autres créanciers ; et, en matière d'assurance aux dépens des assureurs. Ces sortes de détournements, de vol ou d'escroquerie ne semblent pas leur peser sur la conscience. Il en est même qui ont poussé l'audace et l'effronterie jusqu'à simuler des navires, des cargaisons et des connaissements ; *auri tanta fames !* Wesket en signale plusieurs exemples.

Bien que le connaissement soit la pièce probante, loin de dire avec Valin que l'on n'admet rien contre sa teneur, il est souvent utile de la confirmer par d'autres documents, *v. g.*, des factures jointes aux lettres d'avis des chargeurs ou expéditeurs, surtout lorsque le connaissement exprime la clause *que dit être* (1). Car si le connaissement ainsi conçu n'en conserve pas moins sa force contre l'assureur, l'exhibition des factures, comptes d'achats et autres pièces, est nécessaire pour constater la qualité, la quantité, le prix de la chose assurée.

Ni la seule preuve. Il est, en effet, des cas où la nécessité, la prudence, les circonstances, ne permettent pas de se procurer ou de produire le connaissement, et, comme ce titre n'est pas une condition du contrat d'assurance, on y supplée par d'autres documents, *v. g.*, les expéditions en douane, le manifeste du navire, les lettres

(1) Par cette clause, le capitaine exprime que la déclaration de la nature, de la qualité, du poids, de la quantité, du bon état intérieur de la marchandise est le fait du chargeur, mais qu'il ne garantit rien autre que de la rendre à destination en même nombre et en bon état extérieur.

Digitized by Google

d'expédition, le rapport du capitaine, etc., sauf le droit de l'assureur de critiquer le mérite des pièces produites.

188. — Si, dans l'expression du *pour compte*, on permet ou plutôt on tolère que le commettant reste innomé, l'*anonyme du par ordre* ne saurait néanmoins être permanent, à moins d'introduire le jeu dans le commerce sous le masque de l'assurance. Comme le contrat ne peut subsister sans un risque et l'intérêt à ce risque, il devient d'absolue nécessité que, le sinistre arrivant, l'assureur soit à même de vérifier l'existence de cette double condition. Il faut donc qu'il soit justifié :

1° De l'ordre d'assurance donné, ou d'une ratification faite en temps utile, c'est-à-dire, avant l'événement connu ;

2° De l'intérêt assurable du donneur d'ordre.

La révélation du commettant est forcée, obligatoire ; la nature du contrat l'exige, la loi la commande (art. 332, 379, 380, 383, C. comm.). Sans elle, où seraient le sens, l'objet, l'application de ces articles, sauvegarde de l'assurance ?

Or, cette révélation a une influence caractéristique sur la position du commissionnaire et sur celle du commettant à l'égard de l'assureur ; les premiers rapports des contractants sont altérés, de nouveaux rapports leur succèdent.

189. — Par la manifestation du *par ordre*, l'identification du commissionnaire et du commettant n'est plus possible. Le véritable assuré est connu, la réalité apparaît. L'assuré fictif se retire, la fiction cesse. Réalité et fiction ne s'allient, *res dissociabiles*.

Tout rentre dans la vérité, et pour rétablir les choses

Digitized by Google

dans l'état vrai, qu'a-t-il fallu? La nomination de l'intéressé à l'assurance : *Nihil aliud requiritur quàm indicatio personæ ad quam res deperditæ spectant* (Casareg., *ubi suprà*).

Cette nomination une fois faite, le *pour compte* est fini, consommé; il n'a plus de raison d'être; c'est comme si l'assurance avait été contractée dès l'origine par la personne nommée, et tous les droits actifs et passifs se concentrent sur elle. *Factâ intrà tempus nominatione, censeri debet cóntractus ab initio radicatus in personâ nominandâ*, et *transfunditur omne jus in nominatum, nullo penès nominantem existente* (Casareg., Disc. 5, n° 22; Disc. 6, n° 6. V. aussi *suprà*, n° 180).

190. — En effet, à l'assurance pour compte est inhérente la condition tacite et résolutoire que, le sinistre survenant, la personne de l'assuré ou du donneur d'ordre sera déclarée. Qu'en matière de ventes, d'achats, de change et autres négociations de même genre, les droits et les obligations du contrat se concentrent sur la personne du commissionnaire et dans un état qu'il ne dépend plus de lui de changer, c'est ce qui s'explique facilement dès que l'on considère que, dans ces opérations, le *pour compte* n'intéresse que le commettant et le commissionnaire et peut être permanent, que l'énonciation du *pour compte* n'est exigée ni par la nature du contrat ni par la loi, et que la révélation du *par ordre* ne devient nécessaire que dans quelques circonstances particulières, *v. g.* la faillite. Dans l'assurance, au contraire, l'anonyme du *pour compte* ne peut se prolonger indéfiniment; il faut, au cas de sinistre, qu'il soit révélé; on en a dit la raison. Or, la manifestation de la réalité est-elle compatible avec la fiction qui réputait le commissionnaire assuré?

Digitized by Google

« Pourquoi, dit M. Troplong, *Mandat*, n° 551, la ré-
« vélation du mandant dégage-t-elle le mandataire,
« tandis que, dans les autres cas, la désignation du com-
« mettant n'a aucun effet sur les obligations contractées
« par le commissionnaire? Les tiers n'ont voulu avoir
« aucun égard au commettant nommé *ab initio*. Ils ont
« voulu suivre la foi du commissionnaire. Les contrats
« sont ce que les font les parties. Ici il n'en est pas de
« même. Le commettant a annoncé qu'il y aurait un in-
« connu qui pourrait entrer dans l'obligation, il s'est
« réservé de l'y introduire, et les tiers ont accepté cette
« condition résolutoire. On ne peut donc pas argumenter
« dans un pareil cas des principes admis dans les espèces
« où les tiers, répudiant l'obligation du commettant, s'en
« sont tenus au nom du commissionnaire. »

M. Troplong constate le vrai principe, et, pour le mettre plus en relief, nous ferons remarquer, à l'occasion du passage précité, qu'il n'est pas facultatif au commissionnaire d'annoncer qu'un inconnu pourra entrer dans l'obligation, de se réserver de l'y introduire. Il faut qu'il énonce le *pour compte*; il faut, le cas échéant, que cet inconnu entre dans l'assurance, et que, bon gré mal gré, la condition résolutoire ait son effet.

Du reste, dans un rapport devant la Cour de cassation (1), l'éminent magistrat a exprimé le principe d'une manière aussi précise que vraie : « Entre la police et le
« payement, il s'est passé un des faits les plus graves
« déterminés par la nature du contrat d'assurance, un
« fait *insolite* dans les autres négociations commerciales,
« c'est la révélation *forcée* du mandant, c'est la produc-
« tion du mandat. Or, ce fait a modifié les positions.

(1) Affaire Fouessat, *Journ. du pal.*

Digitized by Google

« Le commissionnaire a du s'effacer; le mandant est « devenu le *maître ostensible* de l'affaire pour l'avenir.» (Casareg., Disc. 40, n° 26).

Lorsque, dans les autres négociations du commerce, le commissionnaire se réserve de nommer son mandant et de justifier de son mandat, il lui est loisible, sous sa responsabilité, d'user ou de ne pas user de cette réserve, sans aucun préjudice pour la validité du contrat ou de la négociation. En matière d'assurance, il n'en saurait encore être de même, par la raison que, sans intérêt au risque, l'assurance dégénère. Mais, par quel autre moyen justifier et vérifier cet intérêt que par la révélation de l'assuré ? Il ne se peut donc pas, sans compromettre l'assurance faite, que le commettant ne soit pas nommé, et dès lors aussi, par cette nomination se réalise la condition tacite et résolutoire inhérente au contrat.

Or, cette condition n'affectant que la qualité de la personne, il en résulte que, l'ordre d'assurer étant produit, le donneur d'ordre étant connu, la qualité d'assuré est résolue dans la personne du commissionnaire, pour se reporter sur le commettant.

L'intéressé à l'assurance est celui qui l'a contractée.

191. — Le principe établi, les conséquences se déduisent d'elles-mêmes. Par la révélation forcée du mandat, l'assuré est connu, l'état vrai des parties contractantes est rétabli, et dès lors elles ont action directe l'une contre l'autre : *Quandò stipulatum fuit* per conto dì chi spetta, *omnes interesse habentes, licèt non exclarati, possunt actionem intentare contrà assecuratores uti in contractu nominati, eo ipso quòd ostenderunt spectantiam risici, seu interesse in rebus assecuratis* (Casareg., Disc. 4). C'est à l'assuré qui a souffert le dommage qu'est

Digitized by Google

due et qu'appartient l'indemnité, montant du sinistre, et, en la payant, l'assureur ne fait qu'acquitter une dette contractée envers lui. De son côté, l'assureur est en droit de retenir sur la somme assurée la prime qui serait encore due par l'assuré ou que celui-ci n'aurait pas payée à son commissionnaire. Mais si le commissionnaire l'a reçue, il est débiteur direct de l'assureur qui lui en a fait confiance.

192. — Dès que, par la déclaration de l'intéressé, toute relation d'assuré à assureur a cessé entre le commissionnaire et l'assureur, le commissionnaire cesse d'être son obligé, *exit à contractu*, *recessit à personâ assecurati*, sauf la prime dont il reste tenu personnellement, au cas de non-compensation avec la somme assurée, parce qu'elle est une garantie du contrat, et qu'il en a été fait crédit à sa personne (1).

193. — Le *pour compte* ayant pris fin par l'indication du commettant, le commissionnaire n'est plus, dans ses agissements ultérieurs, qu'un mandataire passif, *nudum organum*, *simplex procurator*, comme le serait tout porteur de la police.

La police devient, entre ses mains, ainsi qu'en celles d'un tiers mandataire ou cessionnaire de l'assuré, un pou-

(1) « L'énonciation du *pour compte* ne doit pas dégénérer en une « clause illusoire, et c'est ce qui arriverait inévitablement, puis- « qu'il dépendrait du commissionnaire, pour échapper à la néces- « sité de payer la prime, d'établir avec le propriétaire des marchan- « dises un concert frauduleux, et de dérober ainsi à la connaissance « de l'assureur, en cas d'heureuse arrivée, un ordre qu'il s'empres- « serait au contraire de produire en cas de perte totale, de perte « partielle ou d'avarie » (M. Jules Delaborde *des Avaries*, p. 146).

Digitized by Google

voir, une autorisation de faire le *nécessaire* pour obtenir le payement de la somme assurée. S'il est prudent, il fera tous ses agissements à requête et au nom de l'assuré, auquel l'assureur est toujours en droit d'opposer toutes les exceptions naturellement inhérentes à l'assurance. En actionnant ou en défendant en son nom, en la qualité d'assuré, il s'expose à des condamnations personnelles, et, de l'état de chose jugée entre lui et l'assureur, peuvent surgir dans la suite des débats et des questions où sa fortune se trouverait engagée et compromise.

194. — Par une conséquence du principe posé, qui établit entre l'assureur et l'assuré les rapports de contractant à contractant, l'assureur qui paye le sinistre aux mains du commissionnaire ou de tout porteur de la police, éteint la dette qu'il a contractée envers l'assuré; c'est à l'assuré qu'il a promis l'indemnité, comme aussi c'est l'assuré qui profite du payement.

Lors donc qu'après réception de la somme dont le mandataire ne doit compte qu'à son mandant, ou le cessionnaire à son cédant, le dol de l'assuré à l'occasion de l'assurance, ou la faillite de l'assureur qui a payé *intrà tempus prohibitum*, donne lieu à des restitutions ou à des rapports, le commissionnaire ne saurait, à cet égard, encourir aucune responsabilité, pas plus qu'un tiers porteur de la police auquel le payement aurait été fait, pas plus que le porteur d'une lettre de change ou d'un billet à ordre qui a reçu payement dans les cas déterminés par l'art. 449 du Code de commerce.

Cette doctrine, fondée sur les art. 332 et 379 du Code de commerce, qui distingue, dans la commission d'assurance, deux époques, l'une où le commissionnaire est réputé l'assuré, celle où il cesse de l'être; nous avons eu

Digitized by Google

occasion de l'exposer, en 1842, dans un extrait qui fut produit devant la Cour d'Aix. Après règlement du sinistre sur pièces justificatives, l'assureur avait payé la somme assurée aux mains du commissionnaire, et celui-ci en avait tenu compte à son commettant. Quelque temps après, traduit devant les assises, l'assuré fut condamné comme coupable du crime de baratterie. En conséquence l'assureur forma contre le commissionnaire une action en restitution de la somme payée, par ce motif principal que le commissionnaire se rend personnel le contrat d'assurance.

En première instance, jugement qui lui donne gain de cause; mais, en appel, arrêt qui réforme; et, sur le pourvoi en cassation, arrêt de rejet (1).

195. — Ansaldus de Ansaldis, disc. 12, examine une question presque identique. Il se prononce contre le commissionnaire et conclut à la répétition contre lui de la somme reçue, par des raisonnements d'analogie tirés de quelques textes du droit romain. Il expose aussi le sentiment contradictoire, sans en toucher la véritable raison, qui est tout entière dans la nature même de l'assurance.

Émérigon ne semblerait pas favorable à la cause du commissionnaire, et Baldasseroni cite une décision de la Rote de Florence dans le sens de la répétition.

Le premier s'exprime ainsi, t. 1er, p. 140 : « Le commissionnaire se confond avec ses commettants; il ne « forme, en quelque manière, avec eux, qu'une seule et « même personne vis-à-vis des assureurs. Il est donc

(1) *Journ. du pal.*, t. 2, 1842, p. 214, affaire Pinatelle Raoul et Podesta frères, C. des assureurs de Marseille, Arrêt d'Aix, 10 juin 1842; arrêt de rejet, 12 mars 1844.

Digitized by Google

« soumis aux mêmes obligations.... Si moi assureur je « suis obligé de vous payer la perte, vous devez de votre « côté me restituer les effets recouvrés qui sont en vos « mains, ou en celles de votre commettant, que vous re- « présentez, *que je ne puis ni ne dois connaître.* »

Le second, t. 2, p. 512, n° 20, après avoir posé le principe que qui paye indûment, a répétition contre qui a reçu, rapporte l'espèce d'une assurance annulée par suite de la fausse déclaration de *propriété neutre*, quand la propriété était ennemie, et, par décision de la Rote de Florence (28 septembre 1766), le commissionnaire fut condamné en nom à restituer, bien qu'il affirmât avoir agi au nom d'un assuré étranger, *fu condannato in proprio, benché asserisse di aver agito in nome dell' assecurato estero.*

Émérigon et Baldasseroni enseignent que l'assureur ne peut élever la question de propriété contre celui qui agit en vertu du contrat d'assurance. C'est une erreur. D'où vient-elle? De ce qu'Émérigon présuppose que l'assureur ne peut ni ne doit connaître le commettant, c'est-à-dire l'assuré. Ce qui n'est pas. Or, dès que le commettant est connu, l'identification entre lui et le commissionnaire n'est plus possible, la fiction s'efface devant la vérité, la personne du commissionnaire devant la personne du commettant; le commissionnaire n'est plus que le représentant de l'assuré, comme le serait tout porteur de la police, et ce n'est plus qu'en cette qualité qu'il peut agir contre l'assureur, ou être obligé envers lui, et ce qui le démontre, c'est que l'assureur peut lui opposer toute compensation, toute exception qu'il aurait du chef de l'assuré.

La présence obligée du commettant est un fait dont Émérigon n'a pas tenu compte, fait décisif, d'une haute

Digitized by Google

gravité, en ce qu'il met l'assureur et l'assuré en rapport direct, comme si dès le principe ils avaient contracté.

Baldasseroni, bien qu'il exige la production de l'ordre d'assurer, ne paraît pas non plus avoir pris garde à la portée de cette révélation normale en matière d'assurance et anormale dans les autres commissions. Lorsque l'on rapproche le paragraphe où il cite la décision de Florence, du paragraphe précédent où la même décision est citée, on remarque une circonstance décisive dans cette espèce, la mauvaise foi du commissionnaire. «La compensation, dit l'auteur, est quelquefois admise en faveur du commerce, par un reflet d'équité, *per un reflesso equitativo*, même contre les règles du droit, *anché con esorbitanza di ragione;* mais elle cesse, dès qu'il y a mauvaise foi, *allorchè vi entra mala fede.* Lors donc que le mandataire de l'assuré exige de mauvaise foi le montant du sinistre et qu'ensuite l'assuré est condamné à restitution, le mandataire est tenu à répétition, et ne peut opposer le privilége de la compensation, quel que soit son compte créditeur chez le mandant, quelles que soient les circonstances, *qualunque credito abia egli particolarmente con il mandante, e sieno purè qualsivogliono le circonstanze.* C'est, ajoute-t-il, ce qu'en termes formels, *in termini puntualissimi*, ont décidé les consuls de la mer à Pise et la Rote de Florence.

Ce serait donc à tort qu'on prétendrait faire une règle générale d'une solution qui n'est vraie que dans le cas exceptionnel de mauvaise foi.

Digitized by Google

Digitized by Google

CHAPITRE SIXIÈME.

De la faillite en matière de commission.

SOMMAIRE.

196. On ne doit, dans ce chapitre, aborder la faillite du commerçant que dans les points qui touchent le contrat de commission; pourquoi, lorsque le commettant ou le commissionnaire cesse ses payements, le sort de l'un dans la faillite de l'autre n'est pas toujours le même que celui des autres créanciers.

196. — Le commerçant qui cesse ses payements, est en état de faillite (art. 437 C. comm.). Pourquoi la loi lui fait-elle une position autre que celle de tout autre citoyen réduit à l'impuissance de satisfaire à ses engagements? Quelles conséquences en dérivent quant à la personne, aux actes, aux biens du failli? Sur quoi reposent les diverses catégories des créanciers, et d'où vient que leur condition n'est pas égale? Comment la faillite est-elle poursuivie, administrée, liquidée? Quels en sont les divers

Digitized by Google

caractères suivant la bonne foi, le malheur, l'imprudence ou le dol du débiteur? C'est là une matière vaste, importante, non moins difficile dans la recherche des principes généraux que dans la solution des cas particuliers. Ainsi envisagée, la faillite est étrangère à notre sujet actuel; nous ne devons l'aborder ici que dans les points qui touchent au contrat de commission.

Que le commettant cesse ses payements, ou que ce soit le commissionnaire, le sort de l'un dans la faillite de l'autre ne saurait être toujours le même que celui des autres créanciers.

Car le contrat de commission a sa nature particulière et ses effets propres; il n'établit pas toujours entre les contractants la simple corrélation de créancier à débiteur par compte ou par caissse; il peut s'ensuivre beaucoup d'autres rapports; et quand cette différence existe, le droit et l'équité ne permettent pas de la méconnaître; ce serait altérer le caractère distinctif des divers contrats. Le législateur a donc dû introduire pour le commettant dans la faillite du commissionnaire, et pour le commissionnaire dans la faillite du commettant, des règles appropriées à la nature particulière de leurs conventions.

Digitized by Google

§ I.

DE LA REVENDICATION DU COMMETTANT DANS LA FAILLITE DU COMMISSIONNAIRE.

SOMMAIRE.

197. Par le jugement qui le déclare failli, le commissionnaire est dessaisi, et la masse de ses créanciers investie de tous ses biens; quelles sont les choses qui n'y entrent pas; définition de la revendication.

198. La revendication du commettant peut avoir pour objet soit des marchandises ou le prix de leur vente, soit des effets en portefeuille; elle est soumise à une condition double : 1° que le commettant n'ait pas cessé d'être propriétaire de la chose réclamée; 2° que cette chose puisse être distinguée et reconnue sienne.

199. La première condition est évidente; principes du droit romain sur la revendication; le droit commercial ne suit pas la rigueur de ces principes; il y est reçu que l'action peut appartenir à une personne, la chose revendiquée à une autre.

200. Cette première condition ne suffit pas; nécessité de la deuxième condition; pourquoi les valeurs pécuniaires ne sont pas revendicables.

201. A ne prendre le Code de commerce que dans l'acception rigoureuse de ses dispositions, deux personnes peuvent revendiquer des marchandises chez un failli, le com-

Digitized by Google

merçant qui les a vendues et le commettant qui les a consignées; différence entre la revendication du vendeur et celle du commettant; raison de la disparité de ces deux revendications; l'une est un privilége, l'autre le droit de propriété mis en action; l'art. 575 du Code de commerce n'est pas limitatif.

202. Le droit de revendiquer appartient-il au commettant lorsque des marchandises achetées pour son compte existent dans la faillite du commissionnaire? Examen de la question sous un double rapport.

203. Si l'achat a été fait dans le nom du commettant, celui-ci a le droit de revendiquer, en prouvant que la chose revendiquée est la chose qui fut achetée pour lui.

204. Mais en est-il de même lorsque, traitant en son propre nom, le commissionnaire a acheté pour le compte du commettant? Comment on contractait, comment on acquérait dans le droit romain; le commerce a dévié des principes de ce droit; en quoi consiste et comment s'est faite cette déviation; au commissionnaire *nudum nomen*, au commettant *utilitas vel dominium rei*; mais pour revendiquer dans la faillite du commissionnaire, le commettant doit prouver que la chose est sa propriété; comment se fait cette preuve; arrêt de la Cour de Rennes jugeant en faveur de la revendication; s'il est constant que le commissionnaire a frauduleusement acheté pour lui-même, il n'acquiert pas au commettant.

205. Lorsque la marchandise achetée pour le compte du commettant peut être utilement revendiquée dans les magasins du commissionnaire failli, *à fortiori* peut-elle l'être dans un magasin public, dans celui d'un tiers, ou quand elle voyage pour être livrée au commettant.

206. La preuve de l'identité de l'objet revendiqué peut se faire au moyen des marques et des numéros, par les livres, par témoins, etc.; elle peut même résulter des circonstances; exemple par une espèce.

207. Les mêmes moyens de preuve peuvent servir à éclairer la religion du juge, lorsqu'il est incertain si le commissionnaire a acheté pour le commettant, ou si, violant son mandat, il a acheté pour son propre compte; *quid juris*,

Digitized by Google

si les livres du failli constatent qu'il a acheté pour lui-même, et que la marchandise porte les marques et les numéros indiqués par le mandat, ou d'usage entre le commettant et le commissionnaire? Solution de l'espèce.

208. Quoique la revendication du commettant soit plus large que celle du vendeur, la loi néanmoins ne lui donne pas toute l'étendue que comporte le droit de propriété; principe suivant lequel elle devrait naturellement s'exercer; restriction que les art. 575 et 576 du Code de commerce apportent à ce principe; quelle signification ont les mots *en nature* employés par la loi; le sens en est-il le même dans l'un et l'autre article.

209. Un effet de commerce, un titre quelconque d'obligation, n'est que l'instrument d'une créance; l'instrument seul est matériel, la créance *in jure consistit;* la marchandise est chose entièrement corporelle, susceptible de changements et d'altération; l'expression *en nature*, appliquée à la marchandise, a un sens douteux; appliquée à des effets de commerce, elle n'en a pas; détermination du sens légal de ce mot quant à la marchandise; il exprime la limite où s'arrête le droit du commettant de revendiquer.

210. Quelle est la théorie du Code de commerce, et sur quel fondement repose cette théorie; présomption *juris et de jure* que la loi établit; la disposition de l'art. 575 est toute positive; elle ne doit pas être étendue au delà de ses termes formels.

211. Application de l'article à diverses espèces qui en font comprendre le sens et la pensée.

212. Sans que la marchandise cesse d'être en nature, le droit de revendiquer du commettant peut être anéanti par des actes que fait le commissionnaire en dehors de ses ordres ou contre ses ordres; c'est une déviation des principes, déviation faite par l'usage du commerce; cet usage est attesté par Casaregis et Voët; la coutume n'a fait aucune distinction entre ceux dont la profession peut faire croire qu'ils peuvent disposer de la marchandise dont ils sont détenteurs, et ceux dont la profession ne comporte ostensiblement qu'une simple détention; sur quelle rai-

Digitized by Google

son d'équité repose cette coutume; comment Casaregis la formule, et quelle exception souffre la règle.

213. A la revendication de la marchandise consignée se rattache celle que la loi appelle *revendication du prix* de la marchandise vendue; ce que signifie *revendiquer un prix encore dû par l'acheteur;* impropriété de cette locution légale; raison et fondement de l'exercice de cette action en payement au profit exclusif du commettant; les choses achetées du prix reçu par le commissionnaire failli ne sont pas revendicables; passage de Doneau.

214. La convention *del credere* ne met pas obstacle à la revendication du prix; pourquoi; autorité d'Ansaldus; espèce et observations à ce sujet; intérêt du commettant à savoir si le prix de sa marchandise est encore dû; il a droit à la communication des livres du failli.

215. Est-il facultatif au commettant de *revendiquer ou de ne pas revendiquer le prix encore dû par l'acheteur?* Importance de la question, et solution; cas dans lequel le commettant peut figurer comme créancier dans la faillite du commissionnaire et dans celle de l'acheteur.

216. Le payement que l'acheteur a fait au commissionnaire éteint la dette, et par suite, plus de revendication; disposition de l'art. 575 du Code de commerce; elle a besoin d'être éclaircie.

217. D'abord le payement et la compensation sont mis sur la même ligne; nulle difficulté quand le payement est effectif; s'agit-il d'un règlement en valeur, il est encore évident que ce qui a été fait entre l'acheteur et le commissionnaire oblige le commettant; le payement et le règlement du prix sont deux choses distinctes; on ne doit pas les confondre, les effets n'en sont pas les mêmes; conséquences qui en résultent; les valeurs réglées, mais impayées, empêchent-elles l'action du commettant contre l'acheteur?

218. Si les valeurs en règlement se trouvent dans la faillite du commissionnaire, le commettant peut-il les revendiquer et en faire le recouvrement? Solution de la question; disposition du Code espagnol.

219. Le payement par compensation équivaut au payement en

Digitized by Google

espèces; si donc le prix de vente a été passé dans un compte courant entre l'acheteur et le commissionnaire failli, la vente est entièrement soldée; des comptes autres que le compte courant peuvent aussi opérer compensation.

220. Comme la passation du prix en compte courant avec l'acheteur solde la vente, de même la passation de ce prix en compte courant avec le commettant solde l'opération commise.

221. Dans quel cas le prix non encore payé par l'acheteur peut entrer dans un compte courant entre le commettant et le commissionnaire; quel effet produit alors le compte courant.

222. La revendication des effets de commerce a son fondement dans le droit de propriété; disposition de l'art. 574 du Code de commerce; application à des espèces.

223. Ce que la loi a voulu dire par les mots *en nature* appliqués à des effets de commerce.

224. Toute remise qui n'est pas faite avec une destination spéciale constitue un dépôt irrégulier, ou un article de compte courant; dès lors elle n'est pas revendicable; conformité de notre Code avec le droit anglais, le Code portugais, au contraire, n'a fait que rendre plus intelligible la disposition vicieuse de l'art. 583 de notre Code, avant sa modification par la loi de juin 1838.

197. — Par l'effet du jugement déclaratif de sa faillite, le commissionnaire est dessaisi, et la masse de ses créanciers investie de tous ses droits actifs et passifs (art. 443 C. comm.). Mais quelque extension que l'on donne à ce dessaisissement, il a ses limites naturelles et légales. Dans l'avoir du failli on ne peut comprendre que ce qui appartient au failli; il faut en distraire ce dont il n'est que simple détenteur. Or, la revendication dont s'occupe le Code de commerce, c'est le droit qu'a le propriétaire d'une

Digitized by Google

chose de la réclamer et reprendre dans une faillite où elle se trouve.

198. — La revendication du commettant dans la faillite du commissionnaire peut avoir pour objet soit des marchandises ou le prix de leur vente, soit des effets en portefeuille ou autres titres. Mais quel qu'en soit l'aliment, elle est soumise à deux conditions, ou, pour parler plus exactement, à une condition double : 1° que le commettant prouve qu'il est et n'a pas cessé d'être propriétaire de la chose par lui réclamée; 2° que cette chose puisse être distinguée de toute autre, et reconnue la sienne.

199. — La nécessité de la première condition est évidente, car la revendication n'est que l'exercice du droit de propriété : *Actio in rem est, per quam rem nostram quæ ab alio possidetur, petimus* (L. 25, D., *De oblig. et act.*).

Selon le droit romain, celui-là seul peut donc revendiquer, qui a la propriété; et l'on n'est pas propriétaire d'une chose par cela seul qu'on l'a contractuellement achetée; il faut de plus l'avoir possédée avant le possesseur actuel sur qui on la revendique : *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur* (L. 20, C., *De pact.*). Pour faire triompher une revendication, dit Faber, ce n'est point assez d'un juste titre, parce que qui n'a jamais possédé, n'a jamais eu la dominité : *Qui titulum justum habet, non ideò potest vincere in judicio vindicationis si nunquàm possessionem adeptus fuerit, quià nec dominus* (Codex Fabrianus, tit. 22, def. 5) (1).

(1) Un juste titre n'était pourtant pas inutile. Celui qui en était

Digitized by Google

Mais le droit commercial ne s'est jamais asservi à ce rigorisme de principes. Il y est reçu que l'action peut appartenir à une personne, et la chose revendiquée à une autre : *Neque novum in jure est ut nudum nomen sit penès unum, et utilitas seu dominium rei vel negotii penès alterum* (Casareg., Disc. 25, n° 3). Ainsi le commissionnaire qui a vendu, revendique, *loco domini,* dans la faillite de l'acheteur, et dans celle du substitué, s'il a délégué ses pouvoirs.

200. — Pour qu'une revendication réussisse, notre première condition, celle d'être propriétaire, ou, dans le droit commercial, d'être réputé tel, ne suffit évidemment pas. Je puis en effet avoir prouvé que j'ai consigné à Jacques, *v. g.*, un sac de 50 kilog. café moka qui m'appartenait, et que je n'en ai pas aliéné le *dominium*, sans qu'il s'ensuive nécessairement qu'un sac de la même marchandise et du même poids, qui se trouve dans la faillite du même Jacques, soit ma propriété ; car d'autres ont pu lui en consigner, et peut-être en a-t-il lui-même acheté de tout pareils. Il faut donc que la chose puisse être indivi-

porteur pouvait agir à la fois contre le détenteur et le vendeur : contre le détenteur, non par action en revendication, mais pour faire dire que la chose appartenait par droit de propriété à celui qui l'avait vendue, et que ce dernier avait cédé tous ses droits au demandeur à qui la chose devait appartenir en conséquence de cette cession; contre le vendeur et le possesseur, pour les faire condamner l'un et l'autre à lui livrer la chose : *An igitur... nihil proderit quòd à vero domino et justè emerit : imò proderit, non ad exercendam vindicationem, sed si sic agere volet ut dicat res sibi venditas ad suum venditorem jure dominii pertinere, sibi verò à venditore jus omne cessum fuisse, ex eâque causâ petat pronuntiari res illas ad se pertinere debere, ac tàm venditorem quàm possessorem ad earum restitutionem condemnari* (Cod. Fab., def. 2).

Digitized by Google

dualisée, indubitablement distinguée de toute autre (nous verrons plus tard par quels moyens la distinction est possible). C'est l'absence de cette seconde condition qui fait qu'en général des valeurs pécuniaires (*numerata pecunia*) ne sont pas revendicables. Une somme de 500 fr. par vous encaissée pour mon compte, n'a rien qui la différencie des sommes que vous avez reçues pour votre compte personnel, ou pour d'autres que nous deux. Or, si vous êtes réduit à cesser vos payements, comment savoir si l'argent que votre caisse renferme est plutôt à moi qu'à eux ou à vous

L'argent est le courant universel du commerce, la chose le plus éminemment fongible. C'est moins un individu (*species*) qu'une valeur, une quantité (*genus, quantitas*). L'argent n'a rien qui le distingue de l'argent : *Money has no ear-mark by which it can be distinguished* (Paley, p. 83). Voilà pourquoi, quand votre commissionnaire a encaissé le prix de vos marchandises, il est fort difficile que vous soyez dans sa faillite autre chose que créancier à dividende. Toutefois si les valeurs monétaires échappent à la revendication, ce n'est point par le droit ; c'est par le fait de l'impuissance où l'on est presque toujours d'en constater l'identité ; car supposez-en la preuve acquise, *v. g.*, que, sans le fait du failli, les espèces existent dans des sacs cachetés portant des signes non douteux de votre propriété, *in sacculis consignatæ cum marcâ* (Casareg., Disc. 44, n° 7), la double condition s'accomplit, et plus d'obstacle à la revendication. L'argent devient alors un corps certain et déterminé.

201. — Ces explications données, voyons d'abord la revendication des marchandises.

A prendre la loi dans la rigoureuse acception de ses

Digitized by Google

termes selon le langage du droit, deux personnes, l'une dans un seul cas, l'autre, dans deux seulement, peuvent revendiquer des marchandises chez un failli : le commerçant qui les lui a vendues et expédiées; le commettant qui lui en a consigné à titre de dépôt, ou lui en a envoyé à la vente pour le compte du propriétaire, quel qu'il soit. Mais entre la revendication du vendeur et la revendication du commettant, grande est la différence. Celle du vendeur ne doit être accueillie qu'autant que les marchandises étaient en route lorsque l'acheteur a manqué; entrées dans ses magasins (1), ou même dans ceux d'un commissionnaire chargé de les vendre pour le compte de ce failli, elles ne sont plus revendicables. Elles ne le sont même pas dans la faillite d'un second acheteur, si, pendant qu'elles voyageaient encore, le premier acheteur ou son commissionnaire les a revendues sans fraude sur factures et connaissements ou lettres de voitures signées par l'expéditeur (art. 576 C. comm.) (1). Au contraire, s'agit-il d'un dépôt ou d'une consignation, le commet-

(1) Le mot *magasin*, dans le sens légal, signifie tout lieu où la marchandise est mise à la disposition de l'acheteur. C'est ce que M. Pardessus explique fort bien, nos 1203 et suivants, dernière édition.

(2) Le Code espagnol (art. 1114, nos 8 et 9) s'écarte de notre Code, en ce que, dans la vente au comptant, il admet la revendication lorsque la marchandise livrée est au même état que lors de la livraison, et reconnaissable par les marques et numéros.

Le Code portugais, s'écartant et de notre Code et du Code espagnol, donne une extension outrée à la revendication du vendeur. Nonobstant altération en la quantité, et changement des enveloppes, la marchandise est revendicable dans les dix jours de l'entrée en magasin, si elle est vendue à crédit; dans les trente jours, si elle est vendue au comptant, et qu'elle se trouve en la possession de l'acheteur ou en celle d'un simple détenteur pour compte de l'acheteur (art. 910, 911, 912). Ces dispositions doivent ouvrir la porte à une infinité de fraudes.

Digitized by Google

tant peut toujours revendiquer dans la faillite du commissionnaire ou de son substitué toute la marchandise consignée ou déposée si elle y existe en totalité, et, au cas contraire, ce qui en reste (art. 575). Sur quoi donc se fonde cette notable disparité des deux revendications? C'est que l'un des revendiquants a voulu transférer la propriété de sa chose; il l'a même transférée, puisqu'il en a fait la livraison par cela seul qu'il l'a expédiée de l'ordre de l'acheteur : *Traditio mercium facta de committentis mandato mulioni aut navicularioⁿ, censetur facta ipsi committenti* (Casareg., Disc. 137, nos 3, 18, 19); et qu'en la vendant à crédit, il s'est dessaisi de la dominité tout aussi bien que s'il eût reçu le prix : *Dominium non transfertur nisi interveniant post traditionem rei solutio integri pretii*, vel fides habita de pretio (Casareg., Disc. 38, n° 6). Si donc on permet à ce vendeur de reprendre la chose non encore parvenue à sa destination, c'est une concession d'équité qu'on eût peut-être mieux nommée en l'appelant un quasi-privilége, *quasi quoddam jus singulare*, qu'en la qualifiant de revendication. Le commettant, au contraire, qui a fait un dépôt ou une consignation, n'entend pas se dessaisir de sa propriété; le commissionnaire n'en est que détenteur ou dépositaire. Or le droit de propriété, *plena in rem potestas*, se lie intimement à la volonté de l'homme; s'il n'en est dessaisi par un fait de sa volonté ou en conséquence d'un tel fait, nul autre que lui n'en peut être saisi : *Id quod nostrum est sinè facto nostro ad alium transferri non potest* (L. 11, D., *De reg. jur.*). L'on conçoit dès lors que cette revendication ne doit cesser que quand le commettant cesse lui-même d'être propriétaire, ou que la chose a cessé d'être reconnaissable. L'art. 575 n'est donc pas limitatif aux seuls cas du dépôt et de la consignation.

Digitized by Google

Par exemple, quand je vous remets, *v. g.*, 20 balles de coton pour garantie des avances ou d'un crédit que vous me faites, bien qu'affectées à une destination spéciale, elles n'en restent pas moins ma propriété, et par suite revendicables. De même encore, si j'ai fait marché avec un voiturier ou entrepreneur de roulage pour transporter mes organdis de tel point à tel autre, et qu'il tombe en faillite, ou l'un de ses agents intermédiaires, ma marchandise se trouvant dans ses magasins sous balle, corde et plomb, j'ai le droit de la revendiquer, parce que j'en suis propriétaire, et qu'il est facile de la reconnaître. Cependant il n'y a là, *strictis verbis*, ni dépôt, ni consignation. La première espèce est un nantissement; dans la seconde, la convention tient plutôt d'un marché que d'un mandat; mais dans aucun des deux exemples, nul dessaisissement de la propriété; seulement détention précaire de la marchandise avec un effet et dans un but convenus.

En un mot, la revendication n'est point une faveur, une sorte de privilége; elle ne déroge à aucune convention, ni ne dévie d'aucun principe; c'est le droit de propriété mis en action; fondée sur un tel droit, elle s'exerce contre tout détenteur, à quelque titre qu'il détienne, de mandat, de dépôt, de commodat, de louage, il n'importe; sauf l'acquit préalable des avances et frais dont la chose est la sûreté, ou les exceptions valables dont un détenteur de bonne foi pourrait se prévaloir: *Nec ad rem pertinebit quâ ex causâ possideat; ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non objecit aliquam exceptionem* (L. 9, D., *De rei vindic.*).

202. — Le même droit de revendication appartient-il au commettant, lorsque des marchandises achetées pour son compte existent dans la faillite du commissionnaire?

Digitized by Google

C'est une autre question sur laquelle le Code de commerce garde encore le silence. Elle peut se présenter sous un double aspect.

203. — Si l'achat s'est fait dans le nom du commettant, *nomine procuratorio*, il est clair que l'acheteur, c'est le commettant lui-même. Le commissionnaire n'est qu'un simple détenteur ; au commettant la propriété, et, comme conséquence, le droit de la revendiquer. Il lui reste seulement à prouver que la chose qu'il revendique est précisément la chose qui fut achetée pour lui. A plus forte raison peut-il la revendiquer, sous la même condition, dans la faillite du vendeur lui-même.

204. — Mais *quid juris* lorsque, traitant en son propre nom, le commissionnaire a acheté pour le compte du commettant? C'est le second point de notre question.

Dans le droit romain, on ne contracte que pour soi, on n'oblige que soi, on n'acquiert que pour soi : *De se quemque promittere oportet ; nihil posse acquiri per extraneam personam.* La règle a fléchi quelquefois, mais sans jamais avoir été abolie (1). Quant à la transmission de la dominité, on sait que, dans le même droit, la tradition de la chose est indispensable ; mais une autre condition ne l'est pas moins : la volonté réciproque de celui qui livre la chose et de celui qui en reçoit la tradition, que la propriété en soit acquise au mandant. Cependant la propriété

(1) *V. g.*, lorsque le mandataire stipulait *ex re domini*, vendait l'immeuble du mandant ; lorsqu'il contractait *præsente domino ;* lorsque le mandataire était absent, insolvable, ou refusait de céder ses actions. Dans ces trois cas on a accordé au mandant l'action *utile* contre le tiers, *sine aliâ apertâ conventione procuratoris, non interveniente cessione* (V. Doneau, p. 590, n° 30, col. 2).

Digitized by Google

lui passe, encore bien que le vendeur seul ait la volonté de la lui transférer, s'il en a fait, avec cette même volonté, la tradition au mandataire (V. Cujas *in lib.* 4, *prior Cod. Just.*, p. 760, *obs.* 50). Hors ce cas, si je vous ai mandé d'acheter pour moi une chose, et que vous l'ayez achetée en votre propre nom, je n'en aurai la propriété qu'autant que vous me l'ayez livrée, ni par conséquent le droit de la revendiquer : *Si mandavero tibi ut rem emeres, tuque emeris, non idcircò res mea fiet, ut ejus vindicandæ jus habeam, priusquàm mihi tradideris, si non meo quoque nomine tibi à venditore tradita sit* (Codex Fabrianus, tit. 22, def. 4). Voilà le principe.

Dans le droit commercial, au contraire, que la volonté du vendeur qui abdique sa propriété soit de la transférer à celui qui traite avec lui, ou à tout autre, c'est ce qui n'entre pour rien dans l'économie de la loi. D'un autre côté, le contrat que le mandataire fait avec le vendeur, il ne le fait pas pour lui-même, mais pour le compte exclusif de celui qui l'a commis (art. 91 C. comm.); voilà où l'on divorce avec le principe.

L'effet de cette déviation, que la sévérité du raisonnement peut désapprouver, mais qui est, à coup sûr, fort ingénieuse, c'est que le commissionnaire, agissant en son propre nom, réunit deux qualités qui ne se confondent pas : celle de *contractant* et celle de *mandataire*.

Comme contractant, sans acquérir pour lui-même, il n'engage que lui-même. Il ne stipule aussi que pour lui-même, en ce sens que lui seul a l'action contre le tiers. Le commettant est, sous ce rapport, en dehors de leur contrat (V. t. 2, n° 15).

Comme mandataire, et n'agissant que *pour compte*, ce n'est pas à lui qu'est acquise la propriété. Elle l'est au mandant à l'instant même de la consommation du con-

Digitized by Google

trat : *La proprietà ed dominio della cosa acquisita dal procuratore passa nel mandante, benchè non abia egli contratto espressamente al nome de suo principale* (Casareg., Disc. 56, nos 9, 21 et seq.) (1).

Le mandataire a donc le titre : *nudum nomen penès unum;* le commettant, l'utilité, la dominité de l'objet acquis : *utilitas et dominium rei vel negotii penès alterum;* et, bien entendu, il en a aussi les charges.

Ainsi se passent les choses tant que le commissionnaire est à la tête de son commerce. A lui l'action pour obtenir du tiers la livraison de la marchandise, et, si, consommant le mandat, il la livre à son tour au commettant, celui-ci n'a nul intérêt à se faire connaître.

Il en est tout autrement lorsque le commissionnaire tombe en faillite avant d'avoir fait la livraison qu'il a lui-même reçue. Alors, si le commettant veut revendiquer, il faut bien qu'il se découvre; mais sa revendication n'a de succès possible qu'autant qu'il prouve, avant tout, que cette chose est sa propriété; car, encore une fois, on ne peut revendiquer qu'à titre de propriétaire : *Quisquis agit rei vindicatione sibi eam legem imponit ut non aliter possit vincere quàm si dominium probet plenissimè, impleatque intentionem quâ dominum se dicit* (Codex Fab., tit. 22, def. 1).

Or, cette preuve, comment l'établira-t-il? Ce ne sera point par la police d'achat, puisque, étant faite au nom du failli, il en résulte la présomption que la chose achetée

(1) L'art. 1114, n° 4, du Code espagnol suppose le même principe, lorsqu'il accorde au commettant la revendication des marchandises qui sont en la possession du failli par suite d'un ordre d'achat, de vente, de transport ou de livraison : *Las mercaderias que tuviere el quebrado en su poder por comision de compra, venta, transito o entrega.*

Digitized by Google

appartient à sa faillite. Le commettant devra donc détruire cette présomption.

Mais comment la détruire? Il n'est qu'un moyen : c'est de prouver que, *dès avant la faillite*, il avait donné l'ordre d'acheter *pour son compte*, et que le commissionnaire avait accepté son ordre. Jusqu'alors subsistera la présomption contraire. Mais, cela prouvé, une autre présomption la remplace. Quand il existe un mandat antérieur, on présume que le failli a négocié l'achat pour le compte du commettant : *Procurator vel mandatarius, quandò constat de præcedenti mandato, censetur emere pro mandante licèt contrahat nomine proprio* (Casar., Disc. 161, n° 21). Cette présomption, fondée en équité, a aussi sa raison de droit. Quand, porteur de votre mandat, j'ai acheté en mon nom la chose même que ce mandat me désignait, il est plus juste et plus naturel de penser que j'ai répondu à votre confiance, que de me croire capable d'en avoir abusé pour m'approprier la spéculation. Le dol ne se présume pas ; l'axiome est consacré par la législation de tous les pays. Si donc le commettant fait la preuve d'un tel mandat, et qu'il ajoute à cette preuve celle de l'identité de la marchandise, sa revendication ne doit plus souffrir de difficulté.

Aucune de ces preuves ne manquait dans une espèce qui s'est présentée devant la Cour de Rennes. Nounez avait fait à B... une remise de fr. 4,500 avec un ordre d'achat de toiles de diverses qualités. Celui-ci avisa son commettant de l'achat et lui remit facture en lui disant n'avoir pu expédier par suite d'une opposition de ses créanciers. Effectivement, peu de jours après, déclaration de sa faillite. Ces toiles furent trouvées dans ses magasins, marquées et numérotées conformément aux ordres de Nounez. Cependant le syndic prétendit qu'elles

Digitized by Google

appartenaient à la masse, et le premier tribunal l'avait ainsi décidé. Mais, par les motifs qui suivent, la Cour réforma cette décision, qui avait méconnu le grand principe, le principe fondamental en matière de commission, que la propriété saisit le commettant *omisso medio*. La Cour considéra donc : « que la propriété des marchan-« dises achetées par un commissionnaire passe immédia-« tement sur la tête du commettant, aussitôt qu'elle ne « réside plus sur celle du vendeur ; que si ces marchan-« dises sont placées dans les magasins du commission-« naire, elles doivent y être regardées comme en dépôt, « et que, sauf certains cas de responsabilité, et sauf « convention contraire, elles y sont aux risques et périls « du commettant » (*Rec. des arr. de la Cour de Rennes*, t. 7, p. 507).

Observons pourtant que la présomption qui se tire *d'un mandat antérieur*, n'est point une présomption *juris et de jure*. C'est une présomption *juris* dont la nature est de céder à la preuve contraire (V. t. 1, nos 209 et suiv.). Quand donc il est constant qu'au mépris du mandat, le commissionnaire a eu et a exécuté la volonté frauduleuse d'acheter pour lui-même, impossible de dire qu'il a acquis au commettant ; le fait y résiste : *Si verò constaret quod voluerit contrahere nomine proprio* (pour son propre compte), *dominium et possessio acquiritur procuratori* (Casareg., Disc. 56, n° 54). Si ce mandataire infidèle n'était pas en faillite, et que la chose fût encore en sa possession, le commettant aurait droit de l'en évincer : *Sed potest conveniri à mandante ut restituat rem acquisitam* (Casareg., *ubi sup.*, n° 25) ; mais contre la faillite il n'a qu'une action en dommages-intérêts ; il ne peut revendiquer la chose, parce qu'il n'en est pas propriétaire. Or la question de propriété a son importance, puisque de cette

Digitized by Google

question dépend celle de savoir si le commettant sortira indemne de la faillite, ou s'il y restera simple créancier au marc le franc.

205.— Enfin lorsque la marchandise achetée pour son compte pourrait être utilement revendiquée dans les magasins du commissionnaire failli, *à fortiori* peut-elle l'être dans un magasin public, ou dans celui d'un tiers, à plus forte raison encore si, expédiée par l'acheteur, elle voyage pour être livrée au commettant.

206. — Quant à la preuve de l'identité, elle peut se faire, non-seulement, comme on l'a vu dans l'espèce qui vient d'être rapportée, au moyen des marques et des numéros conformes à ceux que le commettant a désignés dans son mandat, mais aussi par les livres, les témoins, etc., en un mot, par tous les moyens propres à opérer conviction. Elle peut même résulter des seules circonstances où l'achat a été fait. Par exemple, vous m'avez chargé d'acheter 100 hectolitres de froment, et ces céréales sont dans mes greniers le jour où je tombe en faillite. Je n'ai jamais fait le commerce de grains pour mon propre compte, et nul ne prétend m'avoir donné une commission de cette espèce. Il n'est pas de juge qui n'accueille votre revendication, si vous l'exercez, et ne vous condamne à vous livrer et à payer le prix en cas que le failli en ait fait l'avance, et que le syndic demande contre vous cette condamnation.

207. — Le juge peut avoir recours aux mêmes moyens d'éclairer sa religion, lorsqu'il paraît incertain si le commissionnaire a acheté pour le commettant, ou si, violant son mandat, il a acheté pour son propre compte. Dans le

Digitized by Google

doute, nous l'avons déjà dit, la balance doit pencher en faveur de la bonne foi. Mais *quid juris* si les livres du failli constataient qu'il a acheté pour lui-même, et que la marchandise emballée portât les marques et les numéros indiqués par le mandat, ou qui étaient d'habitude entre le commettant et le commissionnaire ? Il faut répondre que, dans ce cas, la propriété est acquise au commettant ; car les numéros et marques équivalent à une tradition, et font preuve qu'après avoir violé son mandat, le commissionnaire s'en est repenti, ce qui était pour lui non-seulement une faculté, mais un devoir. La revendication ne doit être repoussée que si les marques et numéros ont été apposés depuis la faillite ; et, comme le dol ne se présume pas, ce serait au syndic d'en faire la preuve.

208. — On a dit, n° 201, pourquoi la revendication du commettant est plus large que celle du vendeur. La loi, néanmoins, ne lui donne pas toute l'étendue que comporte le droit de propriété. Voyons dans quelles limites elles se trouve restreinte.

Cette revendication devrait naturellement s'exercer aussi longtemps que la chose est reconnaissable, et qu'elle subsiste en tout ou en partie : *Meum est quod ex meâ re superest.* Tel est le principe. Cependant le Code ne l'admet pas sans restriction. Parle-t-il de marchandises, voici ses termes : « Pourront être..... revendi-« quées aussi longtemps qu'elles existeront *en nature* en « tout ou en partie, les marchandises consignées... » (art. 575). S'agit-il de remises en papier : « Pourront « être revendiqués, porte l'art. 574....., les remises en « effets de commerce ou autres titres..... qui se trouve-« ront *en nature* dans le portefeuille du failli..... » Que signifient ces mots *en nature ?* Ont-ils un même sens dans

Digitized by Google

les deux dispositions? Au cas contraire, quelle acception leur donner dans l'une, et quelle dans l'autre?

209. — Un effet de commerce, un titre quelconque d'obligation, n'est qu'un instrument, un acte constatant l'existence d'une créance, d'un droit. La créance est chose incorporelle : *In jure consistit;* l'instrument seul, matériel. Toutefois, la matière seule ne fait pas qu'il est instrument, mais aussi la pensée qu'il retrace, *scriptura ejus quod gestum est.* Voilà sa nature, sa manière d'être; il n'en a pas d'autre. Il ne peut exister aux mains du détenteur, qu'il ne soit identique. Si on le remplace par un ou plusieurs autres, il a cessé d'être. Au contraire, la marchandise est chose entièrement matérielle; elle peut subir divers changements, diverses altérations ou transformations dans son poids, son volume, sa quantité, sa qualité, sa forme, sa couleur, etc.; elle peut, dans les magasins du failli, exister ou ne pas exister identiquement la même, c'est-à-dire dans le même état que lors de la livraison; elle peut y avoir reçu des augmentations ou subi des diminutions qui n'ont pas altéré son espèce primitive, ou bien avoir cessé d'être ce qu'elle était, transformée en une espèce différente. Appliquée à la marchandise, l'expression *en nature* a un sens quoique douteux; appliquée à des effets de commerce, elle n'en a pas; l'on verra bientôt ce que la loi a voulu dire. Maintenant déterminons, quant à la marchandise, le sens légal de cette expression.

L'art. 2102, n° 4, du Code civil accorde aussi au vendeur d'effets mobiliers la revendication; mais il veut qu'elle ne puisse être exercée que s'ils se *trouvent dans le même état dans lequel la livraison a été faite.* Marchandise *en nature*, marchandise *en même état*, est-ce une

Digitized by Google

formule synonymique du législateur? Non, sans doute, et c'est ce que prouve la différence des principes sur lesquels se fondent la revendication du vendeur et celle du commettant. Le vendeur a abdiqué sa propriété (V. n° 201); par privilége, il lui est permis de la reprendre; mais il ne doit la reprendre que si elle est entière, parce que la loi lui impose cette condition : par suite, il faut que le vendeur recouvre toute sa chose ou ne la recouvre pas du tout. Mais en revendiquant la sienne, le commettant ne fait que suivre sa propriété; il ne peut la perdre contre son gré; il doit la reprendre telle qu'il la trouve. Ainsi sa revendication s'exerce dans des limites moins restreintes, et on ne peut l'assimiler à la revendication du vendenr. Ce que dit l'art. 2102 du Code civil, l'art. 580 de l'ancienne loi sur les faillites l'exprimait en d'autres termes : « La revendication ne pourra être exercée que sur les « marchandises qui seront reconnues être identiquement « les mêmes, et que lorsqu'il sera reconnu que les balles, « barriques ou enveloppes dans lesquelles elles se trou- « vaient lors de la vente, n'ont pas été ouvertes, et que les « cordes ou marques n'ont été ni enlevées ni changées, « et que les marchandises n'ont subi en nature et en « quantité ni changement ni altération. »

Ces termes *en nature* ont donc une signification plus extensive que ceux *en même état*. Mais où s'arrête le droit du commettant de réclamer sa propriété? C'est ce que la loi a voulu déterminer par ces expressions : *en nature*.

Une chose corporelle, une marchandise est sujette, comme on l'a dit, à des altérations, des modifications, des transformations; mais toutes n'agissent pas sur elle avec la même énergie. Les unes la diminuent, l'augmentent ou l'améliorent sans qu'elle cesse d'être ce qu'elle est, encore bien qu'elle n'existe plus dans le *même état*,

Digitized by Google

ou identique à elle-même; par exemple, faites teindre des fils, des laines, ils n'en seront pas moins des fils et des laines; et, si l'on divise une pièce de toile ou une pièce de drap, ce sera toujours du drap ou de la toile.

Mais il est des altérations qui détruisent l'espèce même de la marchandise et la changent en une autre ; c'est ainsi que des grains convertis en farines, ou des laines en draps, ne sont plus ni des grains ni des laines ; l'espèce est dénaturée.

En prohibant la revendication des marchandises qui n'existent plus *en nature*, c'est de l'altération de l'espèce que la loi veut parler, et non du simple changement qui fait que la chose n'est plus au *même état*, identique à l'état primitif : *hypotheca* (le privilége, le droit de suite) *non extinguitur, licèt res hypothecatæ in qualitatibus ac formâ mutatæ fuerint, et non in substantiâ et naturâ rei* (Casaregis, Disc. 44, n° 33). Car si elle entendait exiger, comme condition de la revendication, une identité absolue entre la marchandise envoyée et la marchandise revendiquée, elle se contredirait elle-même, puisqu'elle permet de revendiquer, non pas seulement un tout, mais des parties ; en outre elle créerait une injustice, parce que, bien que cette identité n'existe pas, la marchandise peut néanmoins rester ma propriété, et même être distincte et reconnaissable. Or la propriété est chose sacrée ; un propriétaire ne peut en être privé que par une nécessité de fait ou de droit. Quand donc un commettant ne peut-il être exclu du droit de revendiquer ? C'est la limite de ce droit que l'art. 575 du Code de commerce a voulu déterminer.

210. — Sur quel fondement repose la théorie de la loi ? Quelque altération qu'éprouve dans sa forme, sa qualité,

Digitized by Google

sa substance, la chose commise au commissionnaire pour un usage ou un emploi déterminé, comment se fait-il qu'elle appartienne à sa faillite? L'altération pouvant provenir du fait du commissionnaire ou du cas fortuit, y a-t-il quelque distinction à faire? L'abus de confiance, le dol ou le vol, comme l'accident fortuit, peuvent-ils jamais constituer un titre de propriété au profit du détenteur? Ce sont autant de questions insolubles, si l'on ne pénètre dans la pensée du législateur. Quelle est-elle donc? On ne saurait dire que, suivant le principe du droit romain, lorsque le commissionnaire a formé une nouvelle espèce, il devienne propriétaire du produit de sa création; telle n'a pu être la pensée du législateur qui a écrit l'art. 570 du Code civil. On ne saurait non plus prétendre que si la chose vient à se dénaturer par cas fortuit ou par son vice propre, un tel accident attribue la propriété au commissionnaire. Voici donc comme la loi a raisonné: pour revendiquer, il faut prouver sa propriété; or, quand la chose n'est plus en nature, si une telle preuve n'est pas absolument impossible, du moins est-elle de la plus grande difficulté; il en résulterait des retards sans fin et des contestations sans nombre; donc point de revendication, et cela sans qu'il y ait à rechercher par qui, ni par quelle cause l'objet se trouve dénaturé. Des intérêts légitimes pourront en souffrir; le législateur ne l'ignore pas; mais, en créant une sorte de présomption *juris et de jure* que la chose n'est plus reconnaissable, il les sacrifie à la crainte des procès, comme la crainte des fraudes a introduit en matière d'assurance (art. 366) une présomption qui est souvent contraire à la vérité. Si on ne l'explique par ce motif, la loi reste inexplicable; car comment s'expliquer une loi qui confond le droit et le fait, le principe et son application? Était-ce le cas d'une nécessité sociale qui ne permet de choix

Digitized by Google

qu'entre deux maux (1) ? Il est permis d'en douter. Quelque chose qu'il en soit, la disposition de l'art. 575 étant toute positive, on ne doit pas l'étendre au delà de ses termes formels ; par suite, quelle que puisse être, *in subiecto,* l'altération de la chose, il n'est pas permis d'en dépouiller le propriétaire.

211. — Passons à des applications.

Je consigne à mon commissionnaire un ballot de librairie en feuilles. Lorsqu'il tombe en faillite, l'envoi se trouve, partie en feuilles, partie broché. La marchandise n'est pas identiquement telle, c'est-à-dire, dans le même état que lors du départ. Puis-je revendiquer? Pour la partie qui est en feuilles, nulle difficulté (art. 575). Quant à l'autre on doit se demander si elle existe encore en nature, c'est-à-dire, si elle n'a pas été transformée en une autre espèce. Or, qu'un ouvrage soit en feuilles ou qu'il soit broché, c'est toujours le même ouvrage, et la même espèce d'ouvrage.

Deux négociants de Morlaix vous ont consigné leurs navires, chacun avec une cargaison de froment de la côte. Au déchargement, vous constatez seulement la quantité de chaque cargaison ; puis vous les déposez dans vos greniers sans aucune séparation. A votre faillite, ils se trouvent mélangés en tout ou en partie. Le droit de re-

(1) On attache chez nous beaucoup d'importance à une prompte expédition de la justice, qui est un grand bien. La statistique nous dit tous les ans combien de procès ont été jugés dans chaque Cour, chaque tribunal. Mais comment l'ont-ils été? *An bené, an malé?* C'est de quoi on ne s'inquiète point. Il en est même qui disent que c'est chose parfaitement indifférente. Ils ne voient sans doute pas que rien n'est plus propre à multiplier les procès que le succès des mauvais procès.

Digitized by Google

vendiquer cesse-t-il pour l'un et pour l'autre, ou bien subsiste-t-il, soit pour l'un, soit pour l'autre, ou pour tous deux ? Il faut répondre que chacun de ces négociants peut exercer la revendication. En effet, par le mélange (*mixtura*), aucun n'a perdu sa propriété, et cette propriété n'a pas non plus cessé d'être *en nature :* la marchandise est toujours du froment et rien que du froment ; l'espèce n'a pas changé. D'un autre côté, encore bien que la séparation des grains ne soit pas possible, ces grains cependant ne se fondent pas ensemble de manière à former une masse commune ; mais *singula corpora*, dit la loi romaine, *in suâ substantiâ durant*, et le monceau ne devient pas plus commun que ne le sont votre troupeau et le mien s'ils viennent à se mêler. Chaque propriétaire revendique donc *pro modo frumenti cujusque.*

Mais si vous me consignez des coupons de drap pour être vendus aux colonies, et que, sachant que des effets confectionnés y ont plus de cours, j'en fasse faire des habillements ; ou bien si vous m'expédiez une barrique de vin blanc et une barrique de gros vin rouge, et que je les mélange afin d'en composer un vin plus léger, la marchandise a changé de nature, d'espèce, *fit nova species ;* partant, point de revendication. Même principe et même solution, si vous avez débité le bloc d'acajou que j'ai déposé dans votre magasin, et que vous l'ayez converti en feuilles de placage.

Ces exemples suffisent pour faire comprendre la pensée du § 1er de l'art. 575 du Code de commerce.

212. — Sans que la marchandise cesse d'être en nature, le droit de revendication du commettant peut être modifié, même anéanti par des actes que le commissionnaire a faits en dehors de son mandat ou contre ses or-

Digitized by Google

dres, ou qui même constituent un abus de confiance ; par exemple, lorsqu'il vend la chose déposée, ou qu'autorisé à la vendre, il l'engage et l'affecte à ses propres affaires. Au premier cas, la revendication cesse contre le tiers de bonne foi ; dans le second, elle ne s'exerce sur le gage qu'en remboursant la somme garantie. C'est encore là une déviation des principes du droit. Car, par une violation de dépôt ou un abus de confiance, le propriétaire n'a pu perdre sa chose contre son gré, ni le commissionnaire l'aliéner ou l'engager. Mais le principe a fléchi devant l'usage du commerce et devant une considération de bonne foi.

L'usage du commerce, Casaregis et une foule d'auteurs qu'il cite, l'attestent ; il le qualifie *universalis mercatorum stylus*, *rationabilis et introductus pro majori libertate et bono publici commercii* (1). L'auteur ajoute même qu'il l'a souvent appliqué après information auprès de nombreux et notables commerçants : *Licèt ad majorem cautelam à quàm plurimis melioribus mercatoribus extrajudicialem informationem desuper habere non omiserim* (Disc. 187). Berzino, marchand à Florence, avait reçu en consignation de Cavaglieri, marchand à Ferrare, une balle de soieries. Au lieu de la vendre, Berzino l'engagea à Vanni pour sûreté d'un prêt que celui-ci

(1) Voët appelle cet usage *à jure romano divortium*. Il le rappelle en ces termes : *Sed cùm nunc usu frequentata sit paræmia, secundùm quam* MOBILIA NON HABENT SEQUELAM, *quibusdam visum fuit denegandam esse domino elocanti, commodanti, deponenti et similibus, vindicationem rerum mobilium per depositarios, commodatarios, conductores similesque venditurum emptoribus in bonâ fide constitutis, nisi pretio reddito, aut pignoris luitione factâ* (Voët, Comment. D. *De rei vindicat.*). C'est le brocard *mobilia non habent sequelam*, que reproduit ou qu'a voulu reproduire l'art. 2279 du Code civil.

Digitized by Google

lui avait fait ; il la vendit ensuite à Chiavistello, qui fut délégué à payer la somme prêtée par Vanni. Le commissionnaire faillit, et Cavaglieri revendiquait, non la marchandise, qui n'était plus aux mains du failli, mais le prix qu'il disait subrogé à la marchandise. Sa prétention fut repoussée, le créancier gagiste ayant une préférence exclusive sur le gage. C'est à l'occasion de cette espèce que l'auteur rappelle l'usage précité.

Une distinction semblerait devoir être faite entre ceux qui ont la manutention de la marchandise, mais avec un caractère qui annonce au public qu'ils peuvent en disposer, et ceux dont la profession ne comporte pas ce caractère ; tels sont, dans le premier cas, les commerçants qui vendent et achètent pour leur compte ou exclusivement pour compte d'autrui, et, dans le second cas, les entrepositaires, les voituriers, les commissionnaires de roulage, etc... Néanmoins, quelque fondée que semble cette distinction, on ne voit pas que la coutume l'ait admise. Casaregis, parfaitement instruit et juge compétent en cette matière, tout en assimilant au vol cet abus de confiance, qu'il qualifie de *furtum improprium*, enseigne que la revendication cesse, alors que des personnes de cette profession (1) ont disposé de la chose commise ou en ont fait un autre usage que celui que prescrivait le mandat : *Intercipiens et convertens merces vel pecunias vel alias res in alium usum quàm in illum pro quo fuerunt sibi traditæ aut concreditæ.* Cette doctrine, que n'admettent pas toutes les législations (2), a sans doute pour fondement la

(1) Mulio, vector, navarchus, nuntius, famulus, pignoratarius, commodatarius, fullo, sarcinator, institor, depositarius, curator, administrator, etc., quilibet alius, cujus fidei vel curæ tradita res fuit..... (Disc. 159).

(2) V. Paley, p. 175, 202.

Digitized by Google

difficulté de faire la distinction et surtout de l'appliquer, et, bien qu'elle s'écarte des principes du droit, elle se motive sur cette considération d'équité que, si deux personnes doivent souffrir du fait d'un tiers, celle-là seule doit supporter la perte à qui l'on peut imputer d'en avoir été l'occasion par une confiance mal placée (1). En outre, on a pensé que la lésion de quelques intérêts particuliers ne devait pas entraver la circulation du commerce, et qu'ainsi l'exigeait la raison d'économie commerciale : *Ne ratio libertatis publici commercii impediretur vel turbaretur* (*ibid.*). Voilà comment se justifie, dans l'espèce, l'inadmissibilité de la revendication. Du reste, Casaregis l'admet comme une règle indubitable, et ne l'assujettit qu'à une exception, celle où le tiers qui a traité savait à ce moment que le commissionnaire, que le dépositaire, que l'engagiste disposait de la propriété d'autrui : *In istis impropriis furtis vel rebus dolosè et fraudulenter extortis favore libertatis publici commercii prœmittere pro indubitabili regulâ oportet, talium rerum aut mercium dominum rei vindicationis actione illarum restitutionem minimè prœtendere posse, nisi priùs per eum exsolvatur pretium aut creditum restituant illi, cui respectivè venditœ vel hypothecatœ vel in solutum datœ fuerunt, dùmmodò hìc tempore venditionis, vel in solutum dationis, vel hypothecœ aut hujusmodi nullam habuerit scientiam rem aut mercem in eum perventam ad alios proprietatis ac domini titulo spectare* (Disc. 124, 120; Disc. 76, n° 4).

213. — A la revendication de marchandises se lie et

(1) Seeing somebody must be a loser by this deceit, it is more reason that he that employs and confides in the deceiver should be a loser than a stranger (Holt C. J. Paley, p. 230).

Digitized by Google

se rattache celle que la loi appelle *revendication du prix*, quand elles ont été vendues par le commissionnaire failli (art. 575 C. comm.). Mais qu'est-ce que *revendiquer* un prix dû, non payé au failli ? C'est une locution impropre de la loi et qui a besoin d'être expliquée. On a supposé que la marchandise n'étant plus en la possession du commissionnaire, le prix encore dû la remplace, supposition que rien ne justifie ; car ce prix est aux mains de l'acheteur, ou plutôt il est dû par lui. Qu'est-ce donc qui se trouve dans la faillite du commissionnaire ? L'action en payement contre l'acheteur. C'est en cette action que le commettant est subrogé au lieu et place du commissionnaire ; c'est cette action qu'il exerce à son profit exclusif et par préférence aux autres créanciers. Elle est acquise au failli, parce qu'il a traité en son privé nom avec l'acheteur ; s'il eût agi au nom de son mandant, celui-ci seul aurait l'acheteur pour obligé, puisqu'il aurait contracté avec lui.

Ce que la loi appelle *la revendication du prix* n'est donc que le droit d'exercer une action en payement. Mais pourquoi le commettant l'exerce-t-il de préférence aux autres créanciers ? C'est que si le commissionnaire l'a acquise, il ne l'a pas acquise pour l'exercer à son profit : car ce n'est ni pour sa propre chose ni pour lui-même qu'il a vendu ; il n'a traité qu'avec la chose et dans l'intérêt de son mandant. Le prix dû n'est donc pas et n'a jamais été *in bonis* du failli, et il serait souverainement injuste que la masse pût s'enrichir, au préjudice du commettant, d'une somme que le commissionnaire ne devait recevoir que pour la rendre au revendiquant.

Ainsi, c'est dans le mandat donné au failli et dans l'équité que se puise le principe de cette *revendication de prix*.

On doit observer, toutefois, que ce n'est que le prix encore dû qui peut être revendiqué. Si, avec ce prix tou-

Digitized by Google

ché, le commissionnaire avait acheté des marchandises, elles ne seraient pas plus revendicables que ne le seraient des marchandises achetées de mes deniers, mais non conformément à mon mandat : *Si quis rem emerit à domino, eamque ab eo sibi traditam acceperit, quamvis pretium solverit ex pecuniâ alienâ, putà, apud se depositâ, aut quam ex administratione alienorum negotiorum apud se habebat, vel quomodocumque furtivâ, placet nihilominùs rem fieri emptoris qui accepit, non ejus cujus ex pecuniâ empta est* (Doneau, p. 167, n° 50 ; L. 6, C., *De rei vindic.*, L. 1, C., *Si quis alteri vel sibi*) (1).

214. — La circonstance que le commissionnaire demeure *du croire* n'importe ; car la convention *del credere* n'altère en rien les rapports de mandant et de mandataire ; aux devoirs du mandat elle ajoute une nouvelle obligation, la garantie des risques du recouvrement ; mais elle ne fait pas que le commissionnaire ait acquis un seul instant la propriété des marchandises qu'il a vendues, (n° 91) : *Potest utique procurator ad vendendum per illa verba* staremo del credere, *effici quodam modo fidejussor pro emptore, non verò quod contractus propriè valeat censeri celebratus cum ipso procuratore* (Ansald. de Ans., Dec. 60, n° 5).

Si donc, au moment où mon commisssionnaire, demeurant ou non *du croire*, tombe en faillite, Jacques n'a pas encore payé le prix des marchandises qui lui ont été vendues, je puis m'opposer à ce qu'il soit versé aux mains du

(1) Se as mercadorias vendidas jà não existissem, mas sim outras compradas com o producto dellas, o privilegio não se intende subrogado nestas (art. 1225). Comprando-se uma cosa cum dinheiro d'outro, estoutro não tem prelação sobre a cousa comprada (art. 1226 C. portug.)

Digitized by Google

syndic et le réclamer directement. Néanmoins, jusqu'à opposition, Jacques se libère valablement en payant au représentant de la masse. S'il l'a fait, suis-je déchu de mon action et désormais devenu simple créancier? Non, sans doute; car le droit de l'exercer m'appartenait au moment de la faillite, et je n'ai pu le perdre contre mon gré, et par cela seul que le vendeur a payé ou la faillite reçu le prix de mes marchandises. Inutilement dirait-on que ce prix s'est confondu avec les autres valeurs dans la caisse syndicale. L'action en payement m'était propre, exclusive; qu'importe qu'elle ait été exercée ou par moi-même ou par un gérant. Or le syndic, en recevant ce qui n'était pas dû à la faillite, s'est constitué *negotiorum gestor* du véritable créancier.

Il est, comme on le voit, d'un grand intérêt pour le commettant de s'assurer, lors de la faillite de son commissionnaire, si, l'acheteur doit encore le prix de son achat en tout ou en partie. En général, il ne connaît pas cet acheteur; c'est dans les livres du failli qu'il peut trouver les documents propres à l'éclairer. Il a, comme tout autre créancier, le droit d'en exiger la communication.

215.— Mais est-il facultatif au commettant de *revendiquer ou de ne pas revendiquer le prix dû par l'acheteur?* La question n'est pas oiseuse; car l'acheteur lui-même peut être en faillite, et donner un dividende moindre que celui de la faillite du commissionnaire. Par exemple, le prix des marchandises vendues est de 10,000 fr.; la faillite de l'acheteur ne présente que 25 p. 100; celle du commissionnaire offre 50 p. 100; le commettant recevra 2,500 ou 5,000 fr., suivant qu'il sera créancier de l'une ou de l'autre faillite. Dans laquelle donc sera-t-il tenu de se présenter? Dans celle de l'acheteur. Car si le commis-

Digitized by Google

sionnaire n'était pas en faillite, le commettant n'aurait recouvré que 25 p. 100, soit 2,500 sur le prix de vente dans la faillite de l'acheteur; pourquoi recevrait-il le double? Parce que ce commissionnaire a failli? Cette circonstance ne peut améliorer sa position, comme elle ne peut l'aggraver. S'il est juste que le commettant exerce l'action en payement contre l'acheteur, il est juste aussi que, s'il ne l'exerce pas, le commissionnaire n'en souffre point. Ce que l'équité exige est évident: il faut que les droits de chacun se règlent comme s'il n'y avait pas faillite, et, le cas avenant, il faut que la masse de l'une ne se bénéficie pas au détriment de la masse de l'autre. Or le commissionnaire n'aurait dû à son commettant que ce qu'il aurait pu recouvrer de l'acheteur failli ou non failli; sa masse ne peut donc devoir davantage.

Ainsi, le commettant se présente-t-il dans la faillite de l'acheteur, celle du commissionnaire est libérée; vient-il dans celle-ci, il n'a droit qu'au dividende qu'elle reçoit elle-même dans la faillite de l'acheteur.

Cependant si le commissionnaire failli était *du croire*, le commettant pourrait figurer à la fois dans l'une et l'autre faillite; dans l'une, parce qu'il est créancier du prix de sa marchandise; dans l'autre, en vertu de la convention *del credere*, le commissionnaire l'ayant assuré contre les risques du recouvrement.

216. — C'est avec le commissionnaire que l'acheteur a traité; il se libère donc valablement en le payant. Or le payement éteint la dette; dès lors plus d'action contre lui, et, par suite, plus de revendication. C'est ce que l'article 575 du Code de commerce a voulu exprimer, en disant que le prix ne peut pas être revendiqué en tout ou partie, lorsqu'il a été payé, réglé en valeur, ou compensé en

Digitized by Google

compte courant entre l'acheteur et le failli. Mais son expression est loin de présenter un sens clair et précis ; elle a besoin d'être éclaircie.

217. — D'abord le payement effectif et la compensation sont mis sur la même ligne ; la compensation, en effet, équivaut à payement : *vice solutionis fungitur.*

Quand le payement est effectif en espèces, nulle difficulté. L'acheteur a éteint sa dette ; d'un autre côté, le prix étant versé dans la caisse du commissionnaire, il est impossible de le suivre, de le reconnaître ; car l'argent n'a pas de marque (V. n° 200). Sans action contre l'acheteur, le commettant n'est et ne peut être que simple créancier dans la faillite du commissionnaire.

S'agit-il, non d'un payement effectif, mais d'un règlement en valeurs, l'acheteur et le commissionnaire ont pu le faire d'un commun accord, et il est manifeste que le commettant reste lui-même tenu de ce qui a été fait (V. n°s 53, 58).

Mais le payement et le règlement du prix sont deux choses distinctes ; on ne peut les assimiler que par une étrange confusion. Le payement éteint l'action contre le débiteur ; le règlement ne produit pas le même effet ; car il n'est que l'énumération des billets, effets de commerce avec ou sans appoint, et dont l'encaissement opérera un payement effectif. Or, suivant que ces effets seront acquittés en tout ou en partie, la dette du débiteur s'éteint ou subsiste partiellement. Un prix *réglé* n'est donc pas un prix *payé*, et un acheteur ne se libère pas par un règlement en valeur ; car il ne fait qu'indiquer comment il payera. Il reste soumis à un recours, si les effets ne sont payés, et, le cas échéant, il doit le prix en tout ou en partie. Le commettant est donc en droit d'exercer contre

Digitized by Google

lui l'action en payement, puisque le règlement s'annule, n'ayant pas été suivi de l'encaissement des valeurs réglées. Dira-t-on qu'il y a novation, et que l'acheteur ne doit plus comme acheteur, mais en vertu des valeurs réglées avec le commissionnaire? Qu'importe à quel titre est la dette?

Il est certain que le commissionnaire n'est pas payé, et qu'il reste créancier, mais il ne l'est pas pour son propre compte. Dès lors *res incidit in eum casum à quo incipere poterat;* c'est comme si, nul règlement n'ayant été fait entre lui et l'acheteur, celui-ci était resté débiteur du prix de son achat.

Lors donc que les valeurs données en règlement, échues et non payées, se trouvent dans la faillite du commissionnaire, il n'est pas, en équité, de motif d'empêcher l'action du commettant contre l'acheteur, à moins que les valeurs ne soient une dation en payement, ou qu'elles n'aient été négociées par le commissionnaire. Au premier cas, les effets sont devenus l'affaire propre du commissionnaire, à ses risques et périls et sans recours contre l'acheteur; or c'est ce que n'implique pas un simple règlement. Au second cas, il a disposé des valeurs réglées; le porteur en est devenu légitime créancier dans sa faillite; mais il conserve aussi son action contre l'acheteur souscripteur ou endosseur de ses effets, action exclusive de celle du commettant. Car l'acheteur ne peut devoir à deux personnes la même somme, le prix de son achat. Cependant l'art. 575 du Code de commerce repousse cette solution.

218. — Une question analogue mérite examen : lorsque les valeurs du règlement non échues existent dans la faillite, et que nul doute ne peut s'élever ni sur leur origine, ni sur leur identité, ces valeurs sont-elles reven-

Digitized by Google

dicables par le commettant, pour en faire le recouvrement à son profit? La négative résulte des termes de la loi, puisque le prix revendicable, s'il est dû en tout ou partie, cesse de l'être dès qu'il est réglé en valeurs; la loi exclut donc la revendication de ces valeurs. Vainement on cherche dans l'exposé de ses motifs ou dans sa discussion pourquoi à l'art. 581, § 2, de l'ancienne loi, on a ajouté ces mots: *réglé en valeur*, article qui, ainsi modifié, est devenu l'art. 575 du Code de commerce. Mais quoique l'intention formelle de la loi reste inconnue, le texte en est trop clair pour qu'il soit permis d'en éluder l'application (1). Cependant sa disposition semble résister au droit et à l'équité. Car, d'un côté, nul ne peut améliorer sa condition aux dépens d'autrui; d'un autre, les effets dans l'espèce proposée n'ont jamais été la propriété soit du commissionnaire, soit de sa faillite; il ne les a reçus que pour les recouvrer et en rendre compte; il serait donc de toute équité qu'ils fussent restitués au commettant, ou que, si le syndic en a touché le produit, il le reversât aux mains du commettant. Ajoutons que la loi elle-même le décide ainsi dans un cas analogue (art. 574 C. comm.). On ne peut dire que, dans le sens rigoureux de cette disposition, les valeurs aient été remises au commissionnaire par le commettant avec le mandat d'en faire le recouvrement et d'en tenir le produit à sa disposition. Néanmoins, comme c'est pour compte du commettant que le commissionnaire a réglé avec l'acheteur, que c'est pour lui qu'il doit recouvrer, et que c'est à lui qu'il doit faire raison du produit de l'encaissement, l'analogie entre l'une et l'autre espèce ne peut être méconnue, et, dès qu'il ne s'agit pas de matière privilégiée, mais d'un prin-

(1) V. t. 5, chap. du payement du prix, § 2.

Digitized by Google

cipe de justice, l'analogie devrait recevoir son application. Quand les valeurs réglées ne se trouvent plus dans la faillite, ou que les valeurs trouvées ne sont pas reconnues identiques avec celles du règlement, point de revendication; cela est juste; mais si leur origine et leur identité sont constantes, ne pas les restituer, c'est retenir le bien d'autrui; *non furaberis*. C'est ce que décide le n° 7 de l'art. 1114 du Code espagnol : « Appartiendront « spécialement à la classe des créanciers à titre de pro- « priété (*acreedores de dominio*), par rapport aux fail- « lites des commerçants : . . . . . « 7° Les sommes dues au failli pour ventes faites pour le « compte d'autrui, ainsi que les lettres ou billets de la « même nature qui se trouveront en son pouvoir, alors « même que ces effets de commerce ne seraient pas sous- « crits en faveur du propriétaire des marchandises, « pourvu qu'il soit prouvé que l'obligation en provient et « qu'ils sont au pouvoir du failli pour compte du proprié- « taire, afin d'opérer la remise effective des fonds qui en « proviendront; ce qui sera présumé de droit toutes les « fois qu'il n'en aura pas été passé écriture en compte « courant entre eux. » (Traduction de M. Victor Foucher.)

219. — L'effet que produit le payement en espèces dont il a été parlé, le payement par compensation le produit aussi. Le commissionnaire a vendu, et il a pouvoir de recouvrer; à ce double titre, il peut, quant au payement, faire toute convention avec le débiteur, compenser ou nover. L'art. 575, 2e alinéa, suppose qu'il existe ou qu'il s'établit un compte courant entre le commissionnaire et l'acheteur, sans considérer le cas où un pareil compte existe entre le commettant et le commissionnaire; car cette circonstance est indifférente à la compensation entre

Digitized by Google

les deux premiers. Par la passation du prix en compte courant, la vente est soldée; l'acheteur a payé *brevi manu*, mais il garde la somme par devers lui comme une avance que lui aurait faite le commissionnaire. Celui-ci désormais est seul débiteur envers son commettant.

Encore bien que la loi ne parle que de la compensation en compte courant, l'acheteur ne s'en libère pas moins valablement par toute autre compensation, et de quelque manière qu'elle se fasse, par convention ou par justice. Par exemple, qu'il ait été convenu que le prix des marchandises vendues serait compensé avec celui d'un immeuble vendu antérieurement ou postérieurement par l'acheteur (V. n° 58) au commissionnaire, il n'importe; ils compensent valablement. De même, s'il n'existe entre eux qu'un compte de marchandises, parce qu'ils se faisaient des fournitures réciproques, réglant de temps à autre ou seulement se tenant compte de la différence de chaque fourniture, un tel compte opère compensation tout aussi bien que le compte courant; l'acheteur éteint donc sa dette, et le commettant n'a plus d'autre débiteur que le commissionnaire.

220. — Comme la passation du prix en compte courant avec l'acheteur solde la vente, de même la passation du même prix en compte courant avec le commettant solde l'opération commise. Le commissionnaire ne doit plus à titre de mandat, il doit en vertu du compte courant, si l'arrêté du compte balance en sa faveur; le commettant ne peut donc être dans sa faillite que simple créancier.

221. — Mais un compte courant peut exister entre le commissionnaire et le commettant, sans que pareil compte

Digitized by Google

existe entre le commissionnaire et l'acheteur ; reste donc l'examen de cette hypothèse où, l'acheteur n'ayant ni payé ni compensé, le prix de vente est entré en compte courant entre le commettant et le commissionnaire. La loi ne prévoit pas cette hypothèse, et, par une application trop souvent fautive de la règle *qui dicit de uno negat de altero*, on en pourrait conclure que le commettant conserve le droit de revendiquer. M. Pardessus l'enseigne même, n° 1283 : « L'état de compte courant entre le « commissionnaire et le commettant ne change rien au « droit de ce dernier, d'aller revendiquer le prix de sa « chose, entre les mains des tiers qui le doivent encore, « sauf à décharger d'autant le compte courant. » Cet auteur se trompe. Lorsqu'en effet deux commerçants travaillent en compte courant, ils se créditent ou se débitent de toutes remises, valeurs, créances, qui n'ont pas une destination spéciale. Or, par l'effet de cette opération, *res abit in creditum*. Quand donc le commissionnaire crédite le commettant du prix de vente dû par l'acheteur, le commettant n'est plus que simple créancier, de la même manière que s'il avait prêté ou avancé la somme au commissionnaire, et celui-ci dispose à son gré du prix de vente, ou des effets donnés en règlement par l'acheteur, comme il disposerait de toutes remises ou avances qui lui auraient été faites. La faillite du commissionnaire recouvre le prix de la vente à son profit ; il n'y a lieu à décharger le compte courant ou à faire une contre-passation d'écriture que pour la portion du prix restée impayée par l'acheteur, en vertu du principe commercial : « Entrée « en compte courant n'est donnée que sauf rentrée. »

222. — La revendication des effets de commerce, comme celle des marchandises consignées, a son fonde-

Digitized by Google

ment dans le droit de propriété : elle se conserve et se perd avec la propriété de ces effets.

« Pourront être revendiquées (art. 574 C. comm.), en « cas de faillite, les remises en effets de commerce ou « autres titres non encore payés, et qui se trouveront *en* « *nature* dans le portefeuille du failli à l'époque de sa fail- « lite, lorsque ces remises auront été faites par le pro- « priétaire avec le simple mandat d'en faire le recouvre- « ment et d'en garder la valeur à sa disposition, ou lors- « qu'elles auront été, de sa part, spécialement affectées à « des payements déterminés. » Car alors elles forment réellement un dépôt.

J'écris à mon correspondant : « Veuillez soigner le re- « couvrement des effets joints à ma lettre, et m'en aviser. « J'ai l'emploi de cette somme ; » ou bien : « J'ai disposé « sur vous de fr. 5,000 ; les effets ci-joints, ensemble « fr. 6,000, sont pour vous couvrir. Ce sont des valeurs « de tout repos. Prenez, je vous prie, note de ma dispo- « sition. » Il est clair que, dans ces espèces, je n'abdique point la propriété des effets ou remises ; et, de quelque manière que je vous les transmette, par un endossement en blanc ou valeur en compte, ma lettre explique suffisamment quelle en est la destination. Si donc vous venez à tomber en faillite, il n'est aucune raison pour que ces remises soient dévolues à votre masse ; ce serait lui attribuer mon bien.

223. — On a déjà remarqué, n° 209, qu'appliquée à des effets de portefeuille, l'expression *en nature* n'a pas de sens. Qu'a donc voulu dire la loi? Elle a voulu faire entendre que si avec la remise faite on a acheté d'autres valeurs de portefeuille, la revendication cesse, quelque évidente d'ailleurs que soit la substitution ; par exemple,

Digitized by Google

si je l'ai convertie en une rente sur l'État, en une action sur la banque ou sur des chemins de fer, ou si je l'ai échangée contre d'autres effets, alors même qu'au moyen des livres et de la correspondance la conversion ou l'échange serait constant. On a considéré que du moment où le commissionnaire a disposé de la propriété du commettant, celui-ci ne peut plus être que créancier, et qu'il n'a aucun droit sur la chose acquise en remplacement; c'est ainsi que si, avec des valeurs ou des espèces que vous me remettez pour acheter des sucres, j'achète des cotons ou d'autres objets, je n'ai contre vous qu'une simple créance, et ne puis me dire propriétaire des cotons. On s'est attaché à un fait : la remise existe-t-elle en portefeuille? Voilà d'où dépend le sort de la revendication; pour couper court à tout litige, et sans considérer si dans certains cas l'équité ne serait pas blessée, on n'a pas voulu que l'on recherchât ni l'origine de la substitution ni l'intention du commissionnaire.

Ces mots *en nature* expriment donc que, du moment où l'effet existant en portefeuille n'est pas l'effet remis, il n'y a plus de revendication.

224. — Comme elle n'est qu'une suite du droit de propriété, elle cesse là où cesse la propriété elle-même. Or, à part les cas du recouvrement pour en garder la valeur à la disposition du commettant ou d'affectation spéciale, toute remise de commerce constitue un dépôt irrégulier, ou devient un article de compte courant. Par cela seul que l'on n'a pas prescrit au correspondant de garder le produit de la remise à disposition ou d'en faire tel usage, on l'autorise à s'en servir, à charge de compter d'une somme égale, avec ou sans intérêt, suivant les circonstances (n° 9). C'est par les remises de ce genre que s'ali-

Digitized by Google

mente le compte courant convenu entre les parties ou établi de fait. Toute remise qui y entre ou doit y entrer ne peut être revendiquée, parce que celui qui l'a faite en a abdiqué la propriété.

Qu'est-ce qu'un compte courant? Quels en sont les principaux effets? C'est ce qui est traité, ch. 7, § 3. Mais dès à présent il importe de remarquer que la loi n'admet que la revendication des remises avec destination, et rejette celle de remises sans disposition spéciale. La discussion de la loi ne laisse aucun doute à cet égard. On proposait, par amendement, d'ajouter à l'art. 574 ces mots : « ou de les retourner à défaut de payement soit avec pro-« têt, soit sans frais, selon les stipulations du mandat. » Mais cet amendement ne fut pas accueilli, et avec raison. C'est qu'en effet la condition d'un tel retour, toujours exprimée ou sous-entendue, ne donne pas à la remise le caractère d'un dépôt, d'une affectation spéciale. Tout se réduisait donc à savoir ce que devient un effet qu'un correspondant remet à son correspondant sans exprimer que le montant en doit être gardé à sa disposition. Il entre, disait-on, en compte courant ; celui auquel la remise est faite en devient propriétaire ; il ne peut y avoir revendication. On aurait pu ajouter que, s'il n'y a pas compte courant convenu entre parties, il constitue un dépôt irrégulier qui n'emporte pas moins aliénation.

Toutes remises de nature à former un article de compte courant cessent donc d'être revendicables.

En ce point notre Code et le droit anglais sont conformes. « Lorsque des effets, dit Paley, p. 82, sont remis à « un correspondant pour en faire le recouvrement et en « appliquer le produit à un usage particulier (*to a parti-« cular usage*), si ce correspondant vient à faillir aupara-« vant, ils sont revendicables ; mais ils ne le sont plus dès

Digitized by Google

« qu'ils sont remis en compte courant. » (V. aussi C. esp., art. 1114, nos 5, 6, 7.) Le Code portugais, au contraire, dispose, art. 918 : « Toutes remises, de quelque « manière qu'elles soient faites à un négociant failli, peu- « vent être revendiquées intégralement par le remettant, « pourvu qu'à l'époque des remises il ne fût débiteur d'au- « cune somme au failli. »

C'est la copie rendue plus intelligible de l'art. 583 de notre Code, avant sa modification par la loi du 8 juin 1838; mais, devenue plus claire, la disposition n'en est pas moins contre la nature du compte courant.

Digitized by Google

§ II.

DU DROIT DE RÉTENTION OU DU PRIVILÉGE DU COMMISSIONNAIRE DANS LA FAILLITE DU COMMETTANT.

SOMMAIRE.

225. Le mandat de commission est un instrument actif de l'extension et de la prospérité du commerce; accord des peuples commerçants pour reconnaître au commissionnaire le droit de retenir, pour sûreté de sa créance, les valeurs qui existent entre ses mains; ce droit est d'équité naturelle.

226. Le droit de rétention, appliqué aux matières civiles, est diversement envisagé par les jurisconsultes; suivant les uns, c'est un privilége qui prime tous les priviléges; suivant M. Troplong, les priviléges généraux passent avant lui; mais ce dernier auteur n'entend pas parler du privilége du commissionnaire ni de ceux de l'art. 191 du Code de commerce; il ne s'agit, en ce paragraphe, que du droit de rétention et des priviléges sous le rapport du commerce, en ce qu'ils se rattachent à la commission.

227. Dans le commerce, le droit de rétention produit les effets d'un privilége de premier ordre: il n'est pas le privilége proprement dit; nature et définition de ce droit; passage remarquable d'une thèse pour le doctorat.

228. Une créance et la détention de la chose sont des conditions

Digitized by Google

nécessaires à l'existence du droit de rétention; mais elles ne suffisent pas; quand et pourquoi; exemples divers.

229. Le droit de rétention et le gage ne sont pas *quid unum et idem;* en quoi consiste la différence; mais s'il n'est pas le gage proprement dit, on peut dire qu'il est *quasi quoddam pignus*, et s'il n'est pas le privilége proprement dit, on peut dire aussi qu'il est *quasi quædam privata lex;* passage de Valin qui le qualifie de *saisie naturelle.*

230. Ce droit est reconnu dans plusieurs dispositions particulières de nos lois; mais aucune ne le définit; pourquoi il est nécessaire d'en marquer l'origine et le caractère; confusion que fait l'art. 93 du Code de commerce; ce qu'il appelle privilége n'est que le droit de rétention; preuve, conséquences qui en résultent; une observation sur le droit de retenir, analogue à une observation déjà faite sur le droit de revendiquer.

231. Le commissionnaire peut s'en prévaloir, non-seulement contre le commettant, mais encore contre les créanciers de celui-ci; passage de Casaregis.

232. A s'en tenir au texte de l'art. 93, le droit de rétention ne comprendrait que les avances faites sur la marchandise consignée; mais l'usage lui a donné un effet plus extensif; quelle est son étendue et sur quelles choses il s'exerce; raison de cette extension; dispositions du droit anglais et du droit hollandais.

233. Le droit de rétention naît avec la détention de la chose, et s'évanouit avec elle; exemple; mais on peut détenir par autrui aussi bien que par soi; exemples; on peut même avoir la détention d'un objet, sans l'avoir jamais matériellement détenu; exemples.

234. Il est deux cas où le commissionnaire qui a cessé de détenir ne perd pas le bénéfice de la rétention; le premier cas est celui où il a vendu et livré la marchandise.

235. Le second cas, c'est lorsque le commissionnaire, qui a acheté et payé de ses deniers ou s'est personnellement engagé, a expédié la marchandise; il peut la saisir en route et la retenir jusqu'à payement; ce droit est im-

Digitized by Google

proprement appelé *revendication*; comment on a prétendu justifier cette qualification par l'art. 1251 du Code civil; sens de cet article; on ne doit chercher l'origine de ce droit que dans l'usage du commerce,

236. Ces explications données, on appellera désormais le droit de rétention indifféremment droit de rétention ou privilége; quatre dispositions du Code de commerce ont trait à la matière; quelles sont ces dispositions.

237. D'abord la loi a mis une différence entre les consignations du dehors et les consignations d'une même place; ce que, dans le premier cas, le commissionnaire doit prouver pour avoir privilége; dans le deuxième, il n'a privilége qu'en se conformant à l'art. 2074 du Code civil; il y a contrat de gage; pourquoi il importe de distinguer le droit de rétention du nantissement.

238. Il faut aussi remarquer que le connaissement ou la lettre de voiture représente la marchandise aux mains du destinataire porteur de l'un de ces titres; c'est là plus qu'une fiction; il y entre de la réalité.

239. Du rapprochement des art. 93 et 95 naît la question de savoir si, une marchandise étant expédiée d'une autre place pour servir de gage, le commissionnaire acquiert privilége sans remplir les formalités de l'art. 2074 du Code civil; solution affirmative.

240. Les art. 93 et 95 ont été l'objet de bien des controverses et de décisions judiciaires rendues tantôt dans un sens, tantôt dans un autre; les difficultés d'application peuvent se réduire à trois points principaux; quels sont ces points.

241. Conditions auxquelles le privilége existerait à s'en tenir à la lettre de l'art. 93; mais la loi n'est que démonstrative.

242. Quand il y a expédition de place en place; distinction de quatre cas différents; le Code ne s'étant expliqué que sur premier, il en est résulté de nombreuses controverses.

243. On a d'abord contesté sur la distance qu'il faut entre le lieu du départ et le lieu du reste pour constituer une expédition; c'est une question de fait.

244. On a demandé ensuite s'il était nécessaire que la marchan

Digitized by Google

dise fût adressée nominativement au commissionnaire qui a fait les avances; comment la question a été jugée par le tribunal de Marseille; une autre question était soulevée dans l'espèce, celle de savoir s'il y a expédition de place lorsqu'au temps de l'opération, le commettant, le commissionnaire et la marchandise se trouvent au même lieu; solution et usage.

245. Autre controverse : y a-t-il expédition, lorsque je vous consigne à notre domicile commun des marchandises que je vous expédie d'un autre point, ou lorsque, du domicile commun, je vous consigne des marchandises qui sont ailleurs? raison de douter; M. Pardessus enseigne même qu'il n'y a pas de privilége; l'interprétation contraire a prévalu dans la jurisprudence, et c'est la seule admissible.

246. Enfin, pour constituer une expédition donnant lieu à privilége, est-il nécessaire que le commissionnaire ait reçu le pouvoir de *vendre* les marchandises consignées? Jugement du tribunal de commerce de Marseille.

247. L'expédition de place en place ne suffit pas; il faut que le commissionnaire détienne la marchandise; mais il ne peut la détenir sans en avoir reçu la tradition; la tradition est de deux sortes : l'une effective, l'autre virtuelle.

248. Quand la tradition est effective; exemples divers; art. 80 du Code hollandais; quand elle est virtuelle; résumé : il y a tradition lorsque la marchandise est à la disposition du commissionnaire; là où il en dispose, là est son magasin, comme là où est le connaissement à décharger, là est la marchandise.

249. Il n'est pas même nécessaire, *favore publici commercii*, pour acquérir le privilége, que le commissionnaire soit nanti d'un connaissement ou d'une lettre de voiture; il suffit que l'un de ces titres lui ait été promis, pourvu qu'il lui parvienne, encore bien que ce soit après une saisie pratiquée par un tiers; espèce, et arrêt de la Cour d'appel de Rennes; la décision eût été la même si les créanciers du commettant eussent contesté le privilége; pourquoi.

Digitized by Google

250. Le connaissement et la lettre de voiture sont-ils les seuls actes capables de constater une tradition virtuelle? Oui, s'il s'agit d'effets mis en route à la destination du commissionnaire; il en est autrement lorsqu'il s'agit d'effets en mer qui ne voyagent pas à sa destination, ou qui se trouvent au delà des mers; la tradition qui doit être faite au commissionnaire, sauf la différence du but, est la même que celle qui doit être faite à un acheteur; renvoi au premier volume; coutume commerciale, et passage important de Valin; application du principe de Valin à la commission; conclusion.

251. Ce n'est pas seulement par la faillite du commettant que le privilége du commissionnaire peut être contesté; il peut aussi se trouver en collision avec le privilége du vendeur, avec le privilége d'un sous-commissionnaire auquel le commissionnaire a délégué ses pouvoirs et transmis la marchandise.

252. Par quelle argumentation le vendeur a tenté d'obtenir droit de préférence sur le commissionnaire; comment un arrêt de la Cour de cassation y a répondu et raisonnement de cette Cour; la conclusion de ce raisonnement est conforme à la loi, mais la base en est vicieuse; justification de la proposition; conséquences qui en résultent; application à diverses espèces.

253. Le commissionnaire acheteur qui a payé de ses deniers la marchandise expédiée au commettant failli, ne peut évidemment pas se trouver en contestation avec un vendeur totalement payé; mais *quid juris*, si ce vendeur n'a reçu que partie du prix et que la marchandise ait été saisie en route à sa requête et à celle du commissionnaire? *Quid juris* encore, si c'est le commissionnaire qui a failli et que ses créanciers aient fait saisir la marchandise en route, en même temps que le vendeur? Solution de ces divers cas.

254. Lorsqu'un commissionnaire a sous-consigné la marchandise, le délégué qui fait des avances au déléguant a-t-il ou non privilége sur les effets sous-consignés? Il faut distinguer si le commissionnaire a consigné en son propre nom ou *nomine procuratorio*.

Digitized by Google

255. Au premier cas, le délégué est par rapport au commissionnaire ce que celui-ci est par rapport au commettant; d'accord avec la coutume commerciale, la loi reconnaît son privilége et la préférence de ce privilége sur celui du déléguant; la rigueur du droit a fléchi sous la raison d'équité; passage de Casaregis; exemple.

256. Dans le second cas, c'est-à-dire lorsque le déléguant consigne *nomine procuratorio*, la décision ne doit plus être la même; pourquoi; *quid juris*, si le délégué a fait une anticipation au déléguant lequel a aussi fait une avance au commettant, et se trouve ainsi créancier du créancier du commettant? Pourra-t-il retenir les marchandises jusqu'à payement de ce qui lui est dû par le déléguant? Solution de ce cas complexe.

257. Le voiturier cumule le privilége proprement dit avec le droit de rétention.

258. Conclusion.

259. Jusqu'où s'étend le droit de rétention et quelles choses il affecte; de quelles créances il est la sûreté.

260. D'abord le droit de rétention est indivisible tant par rapport aux marchandises retenues que par rapport à la dette pour laquelle on les retient; exemple; 2° il s'étend au prix de la marchandise vendue, et même à une marchandise remplaçant une autre, mais dans un seul cas; 3° à la différence du vendeur d'une marchandise qui ne peut revendiquer le produit de l'assurance prise pour compte du failli, le commissionnaire qui a fait des avances sur une marchandise à l'assurance de laquelle il a pourvu, retient la police pour sûreté de son payement.

261. Le privilége du commissionnaire lui assure le payement de toutes avances, anticipations, valeurs sorties de ses mains et qui profitent au commettant; espèce; arrêt de la Cour de cassation; il consacre les principes précédemment exposés.

262. Le salaire ou commission est privilégié; l'art. 93 le comprend sous le mot générique *frais;* art. 576 du Code de commerce; dispositions du Code espagnol.

263. Un *negotiorum gestor*, dans le sens propre de ce mot, ne peut jamais faire sur la chose gérée des avances ou des

Digitized by Google

anticipations de fonds proprement dites, mais seulement des impenses; quand il a géré utilement, il a le droit de retenir la chose gérée ; on doit distinguer celui qui spontanément s'est porté *negotiorum gestor,* et celui qui l'est devenu, un cas fortuit ou un cas insolite l'ayant empêché d'exécuter la teneur de son mandat.

264. Le *negotiorum susceptor* approuvé devient rétroactivement commissionnaire ; il a droit de rétention sur la chose, objet de l'engagement pris *contemplatione alterius;* mais la ratification n'opère pas contre des droits acquis antérieurement à des tiers; confirmation de ce qui a été dit t. 2, n° 45.

225. — Semblable à ce talisman dont l'heureux possesseur avait la vertu de se trouver, à sa volonté, en divers lieux à la fois (1), le mandat de commission est pour les personnes ce que la lettre de change est pour l'argent, et le connaissement ou la lettre de voiture pour les choses : il les représente partout ; il dut donc, aussitôt inventé, devenir un puissant auxiliaire du négoce, l'instrument le plus actif de son extension et de sa prospérité. Tantôt il épargne au commerçant une grande perte de temps et des absences dispendieuses ; tantôt il lui économise des frais de recouvrement et de transport de fonds, ou lui procure les capitaux et le crédit dont il a besoin pour continuer ses spéculations ou en entreprendre de nouvelles. C'est l'âme et le mouvement du commerce. Mais tous ces avantages s'évanouiraient à l'instant même où le commissionnaire ne se croirait plus certain du payement de ses débours, de la rentrée de ses avances, de la décharge de ses engagements. Voilà pourquoi, outre les moyens ordinaires par lesquels il est pourvu aux intérêts des créanciers in-

(1) Tel Pythagore qui, disait-on ou plutôt faisait-il dire, se montrait en même temps, quand il le voulait, à Crotone et à Métaponte.

Digitized by Google

distinctement, les peuples commerçants se sont accordés à lui reconnaître le droit de retenir, pour la sûreté de sa créance, la marchandise ou les valeurs qui existent entre ses mains (1).

Au reste, jamais l'intérêt général ne s'accorda mieux avec l'équité. En effet, quoi de plus contraire à la bonne foi que si le commettant pouvait reprendre sa marchandise, sans rembourser ce qu'il en a coûté pour la conserver ou l'améliorer, en faire le placement, ou lui en faciliter l'achat? Le droit de la retenir jusqu'à parfait payement de toutes ces dépenses, qui presque toutes en augmentent la valeur, et qui toutes s'incorporent avec elle, a quelque chose de si naturel, que l'homme le plus borné en comprend la raison et en sent la justice. Tel fut même le premier mode de remboursement du mandataire. C'est parce que ce mode ne suffisait pas toujours qu'on y suppléa par l'action indirecte, *actio contraria mandati*, et comme ce n'est pas seulement au propriétaire que ce droit est opposable, qu'on peut aussi l'opposer aux créanciers de sa faillite, on a dû différer d'en parler afin d'en faire l'objet du présent paragraphe.

226. — Appliqué aux matières civiles, particulièrement au contrat de gage qui, on le verra bientôt, est comme le fondement du droit des commissionnaires, le droit de ré-

(1)..... « Aucun commissionnaire ne peut être dépossédé des mar-« chandises reçues en consignation, avant d'avoir été préalablement « remboursé de ses avances, frais et droits de commission. Il doit « être payé sur le produit de ces mêmes marchandises, de préfé-« rence à tous autres créanciers, pour tout ce qui lui est dû à raison « desdits frais, avances et commission » (Art. 169 C. esp., traduction de M. Victor Foucher). Même disposition dans l'art. 1589 C. port. *Idem* en Angleterre, V. Paley, p. 107.

Digitized by Google

tention est diversement envisagé par les jurisconsultes qui en ont écrit. Selon les uns, le privilége du créancier nanti l'emporte sur tous autres, même sur les priviléges généraux énumérés en l'art. 2101 du Code civil, frais de justice, frais funéraires, etc. ; en un mot, c'est le privilége des priviléges. D'autres auteurs, de leur nombre, M. Troplong (*Hypoth.*, t. 1, nos 74, 169, 256), soutiennent, au contraire, que les priviléges généraux passent avant celui du gagiste, ou viennent en concurrence avec le sien, si ce dernier découle de l'une des causes sur lesquelles se fondent ces mêmes priviléges. « Le droit de rétention, dit-il, « n° 250, est bon à opposer au débiteur. C'est une excep- « tion proposée contre celui-ci, à l'effet de se mettre à « l'abri de sa mauvaise foi..... Mais lorsqu'il s'agit de « créanciers qui ont aussi privilége sur l'objet mis en « gage, les choses ne sont plus les mêmes ; on ne peut « plus leur reprocher de mauvaise foi et de dol, et, sous « ce rapport, ils sont de condition beaucoup meilleure « que le débiteur. Il s'agit donc de peser la cause de leur « privilége : et, si elle est préférable à celle du gagiste, « comme on ne peut le nier à l'égard des frais de justice, « de dernière maladie, de gens de service, etc., ce droit « de rétention ne peut être opposé. »

Mais n'oublions pas que l'auteur s'exprime en ces termes, n° 41. « Je ne parle ici ni du privilége du commis- « sionnaire négociant, ni des priviléges énumérés par « l'art. 191 du Code de commerce, ni autres qui se ratta- « chent aux matières commerciales.

« Ce serait sortir de mon sujet, qui se renferme dans « le droit civil. »

En regrettant que, dans son excellent ouvrage, M. Troplong n'ait pas traité du droit de rétention et des priviléges sous le point de vue commercial, nous dirons, à

Digitized by Google

son exemple : On n'entend parler ici du droit de rétention et des priviléges que sous le rapport du commerce, et seulement encore en tant qu'ils se rattachent au contrat de commission. Le Code civil est, en ce point, étranger à notre sujet; il le dit lui-même, art. 2102 ; et le Code de commerce, venu plus tard, ne se réfère au Code civil que pour deux seuls cas: celui prévu par l'art. 95 qui nous concerne, et celui mentionné en l'art 549, qui ne nous concerne pas.

227. — Si le droit de rétention doit être entendu comme l'entendent M. Troplong et les jurisconsultes dont il partage le sentiment, ce que nous n'examinons pas, qu'on jette les yeux sur l'art. 2101 du Code civil, et l'on verra qu'il est telle circonstance où il pourrait ne rester au gagiste, pour tout droit de rétention, que l'éventualité d'en être pour les frais de son contrat de nantissement. Le commerce a besoin de plus de sécurité. Il lui faut du positif. Aussi n'y a-t-on jamais compris de la sorte le droit de rétention. Parmi les créanciers privilégiés d'une faillite, les uns, il est vrai, ont quelquefois sur les autres un droit de préférence. Mais, à part les priviléges sur les navires, clairement énumérés et sagement classés dans l'art. 191 du Code de commerce, le droit de rétention a toujours la priorité, jamais de concurrence. Il produit donc les effets d'un privilége de premier ordre. Néanmoins il n'est pas le privilége proprement dit. *Jure veteri*, le privilége était du domaine de la jurisprudence ; il est aujourd'hui du domaine exclusif de la loi ; il descend de la loi, ne tire que de la loi toute son efficacité ; sans la loi, il n'existerait pas; en un mot la loi seule, on le comprend sans peine, peut mettre une différence entre des créanciers qui n'ont prêté, avancé, ou fourni qu'à la personne. Au contraire, mélange en

Digitized by Google

quelque sorte égal d'un droit purement personnel et d'un droit vraiment réel, le droit de rétention ne dérive pas autant de la convention que de l'équité, ni de la loi civile que de la loi naturelle. C'est ce qu'a bien mieux dit un savant professeur, en ce peu de mots qui renferment la quintessence du droit romain sur la matière : *Illud autem jus* (*retentionis*) *quod mediam inter jura merè personalia et jura verè realia viam tenere videtur, non tàm conventione quàm æquitate, non tàm jure civili quàm jure naturali nititur* (1). Voilà la source du droit de rétention. C'est une suite naturelle de la détention de la marchandise, dans laquelle le commissionnaire a évidemment eu plus de confiance que dans le marchand.

228. — Maintenant, que faut-il pour le constituer? Une créance non éteinte et la détention de la chose le jour où s'ouvre la faillite du commettant, sont deux conditions sans lesquelles ce droit ne peut exister ; mais elles ne suffisent pas à lui donner l'existence. S'il n'est pas nécessaire qu'une dette existât à l'origine même de la détention, ni que celle-ci ait originairement eu pour objet l'acquit d'une dette qui aurait alors existé, il faut nécessairement que la détention ait commencé du consentement ou en conséquence du consentement du propriétaire, *volente domino*, et qu'elle n'ait dans sa cause rien d'incompatible avec une juste rétention. Par exemple, quand je vous adresse, pour être transmises à Jacques dont vous êtes le créancier, des marchandises qui lui appartiennent, vous ne pouvez les retenir pour sûreté de votre créance; ce serait violer mon mandat, et posséder

(1) M. Sarget, professeur de droit romain à la Faculté de Rennes, dans sa thèse pour le doctorat (Poitiers).

Digitized by Google

la chose du destinataire contre sa volonté. Il en serait de même si j'étais votre débiteur, et que, par votre intermédiaire, j'envoyasse ma marchandise en consignation à Jacques : *Valdè iniquum esset et contrà omnem fidem quòd si quis transmittat ad alium suas merces alteri consignandas, possent retineri ex quâvis differentiâ* (pour quelque cause que ce soit) (Casareg., Disc. 22, n° 8). Par exemple encore, consignataire d'un navire auquel j'ai fait des avances, je n'ai pas le droit de retenir son acte de francisation, si un pur hasard me l'a mis entre les mains, si je m'en suis emparé de ma propre autorité, s'il ne m'a été remis que pour le servir à la douane, ou pour en faire quelque autre usage ou emploi déterminé. Une rétention de cette espèce n'est pas fondée sur un droit ; c'est un dol, une voie de fait. Il en est de même lorsque, par un accord passé entre mon commettant et l'un de ses créanciers, il est entendu, et à ma parfaite connaissance, que je ne reçois la marchandise que pour la vendre et en remettre le produit à ce créancier. Par exemple encore, je vous consigne une certaine quantité de cotons entreposés dans les magasins de la douane, et cette consignation a pour objet de me donner le moyen de faire un emprunt ou d'obtenir un crédit sur le certificat de dépôt ; puis je tombe en faillite, votre débiteur par caisse ou par suite de vos acceptations. Le droit de rétention que vous auriez eu dans les circonstances ordinaires, notre convention l'exclut implicitement : *Conventio vincit legem;* c'est une maxime aussi vieille que la loi elle-même, que les contractants sont libres de modifier quant à eux l'application d'un principe de droit privé.

229. — Comme le gage qui donne aussi un droit de premier ordre sur la chose, le droit de rétention qui

Digitized by Google

compète au commissionnaire, s'attache à la chose, et ne subsiste qu'avec la détention de la chose. On ne peut cependant pas dire que le droit de rétention et le gage sont *quid idem et unum;* car le gage s'établit par une convention faite dans le but spécial d'affecter la chose au payement de la dette. Le droit de rétention a lieu sans aucune convention dont il soit l'objet. S'il en existait une de cette espèce, ce serait le contrat de nantissement. Le droit de rétention ne peut naître que d'une manière tacite, soit d'un quasi-contrat, *v. g.*, si je fais bénéficier à votre insu vos marchandises naufragées ; soit accessoirement à un contrat, et comme étant de la nature de ce contrat : par exemple, si je vous consigne mes cafés pour les vendre. L'objet prochain de notre convention, c'est le mandat que je vous donne; le but de ce mandat, la vente. Quant à mon droit de rétention, nous n'en parlons point; quel besoin d'en parler? *In conventionibus tacitè veniunt ea quæ sunt moris et consuetudinis.* Mais, si ce droit n'est pas le gage proprement dit, on peut dire avec vérité que c'est comme une sorte de gage, *quasi quoddam pignus ;* de même qu'on peut dire que, bien qu'il ne soit pas un privilége proprement dit, il est pourtant comme une sorte de privilége, *quasi quædam priva lex*, puisqu'il en produit éminemment les effets.

« La faveur du commerce, dit Valin (liv. 2, tit. 10, « art. 3), a fait introduire *le privilége du nantissement « ou de la saisie naturelle*, au profit de celui qui, ayant « à sa consignation des marchandises appartenant à un « négociant dont il est le commissionnaire ou correspon- « dant, avance des sommes sur le prix de ces marchan- « dises, ou paye des lettres de change tirées sur lui à « l'occasion de ces mêmes marchandises.

« Par exemple, un navire est adressé à un négociant

Digitized by Google

« pour en faire le désarmement et vendre sa cargaison. Il « paye avant toute vente (et par conséquent avant d'a- « voir aucuns deniers en main appartenant à son com- « mettant) les gages de l'équipage, les primes d'assu- « rance, les sommes empruntées à la grosse ; il acquitte « de plus, ou il accepte des lettres de change que son « commettant tire sur lui. Nul doute que, pour son rem- « boursement, il n'ait droit de retenir par ses mains, par « voie de compensation, avec privilége exclusif à tous « autres créanciers, toutes les sommes qu'il a ainsi avan- « cées... *Cela est si naturel et si juste* qu'il est étonnant « qu'il se soit rencontré des gens assez chicaneurs pour « disputer la compensation en pareil cas, de même qu'en « tous autres où le négociant se trouve nanti, *soit avant*, « *soit après ses avances*, sans avoir les mains liées par « aucune saisie. Aussi ont-ils succombé autant de fois « qu'ils ont eu la témérité d'élever la question. Il est même « des pays, comme la Hollande, où, pour la preuve du « nantissement, il suffit de représenter la clef du magasin « où sont les marchandises; *tant les opérations qui pro-* « *duisent la circulation vive du commerce sont favorables* « *et méritent d'être protégées* (1). »

Il est aisé de voir que, dans ce passage de Valin, le mot *privilége* n'a pas le sens positif et propre qu'on y attache aujourd'hui. L'auteur explique lui-même ce qu'il entend par cette expression : c'est, dit-il, *une saisie naturelle*, produisant le même effet que *le nantissement*,

(1) L'art. 1849 du Code civil néerlandais porte : « le mandataire a « le droit de retenir ce qu'il a entre les mains appartenant au man- « dant, jusqu'à ce qu'il ait été payé de tout ce qui lui est dû par « suite du mandat » (Trad. de M. V. Foucher); et le Code de commerce (art. 84) déclare cette disposition commune au commissionnaire.

Digitized by Google

quasi quoddam pignus; en d'autres termes, c'est le droit de rétention.

230. — Ce droit est reconnu par le législateur dans une foule de dispositions particulières (1); mais c'est seulement par voie de conséquence. Il n'en a nulle part formulé la définition. Nous devions donc en marquer l'origine précise et le caractère distinctif. Ce préalable était d'autant plus nécessaire que, par une confusion que le Code espagnol a su éviter, et muet sur le *negotiorum gestor*, l'art. 93 du Code de commerce qualifie de privilége ce qui, en réalité, n'est autre chose que le droit de rétention. Cela est si vrai que, s'il cesse de détenir, il ne jouit plus d'aucun droit de préférence. Celui-là seul qui a transporté la marchandise, conserve un privilége après la perte de la détention (*V. infrà*, n° 257).

Or, comme il est de la nature du privilége proprement dit de ne pouvoir exister que par la loi, et de ne jamais s'étendre d'un cas à un autre sous prétexte de similitude ou de parité de raison, on pourrait conclure de l'art. 93 pris à la lettre, que, hors le seul cas qu'il prévoit, il n'y a pas lieu au droit de rétention. Ce serait une grave erreur qui, mise en pratique, rendrait le commerce en quelque sorte impossible. Par exemple, quand j'accepte une traite pour votre compte, et que j'ai entre les mains une somme qui vous appartient, vous ne pouvez l'exiger sans me décharger de mon acceptation si la traite n'est pas encore échue, ou sans m'en rembourser le montant, si je l'ai acquittée : *Dolo petis quod statim es restituturus.* J'ai sur cette somme, comme le dit Valin, *saisie naturelle.* Ai-je

(1) Art. 548, 867, 924, 1673, 1749, 1948, 2082, 2087, Code civil.

Digitized by Google

payé ou souscrit pour vous des billets de prime, je retiens la police pour sûreté de ma créance ou de l'indemnité de mon obligation : j'ai sur cette police *le privilége du nantissement;* et si, en exécutant votre ordre, j'ai acheté et payé de mes deniers, je garde la marchandise jusqu'à ce que vous ayez pourvu à mon payement. C'est toujours l'exercice du droit de rétention. Cependant l'art. 93 ne prévoit aucun de ces cas, ni tant d'autres semblables; mais le droit de rétention s'y applique naturellement. L'équité le commande : *Inter mercatores æquitas, etidm non scripta in specie, sequenda est in judicando* (Casaregis, Disc. 76, n° 12); tel fut, dans tous les temps, l'usage du commerce.

On le voit donc : l'observation précédemment faite sur le droit du commettant de revendiquer, s'applique au droit du commissionnaire de retenir. L'un ne revendique point dans les seuls cas prévus par la loi; l'autre use aussi du droit de rétention dans d'autres cas que ceux qu'elle mentionne.

231. — Que le commissionnaire puisse s'en prévaloir contre le commettant, nulle difficulté. Quand vous me demandez votre chose, il est clair que je puis vous demander la mienne. On ne connaît pas de reconvention plus naturelle et plus péremptoire. Mais l'est-elle autant contre la demande des créanciers? Ceux-ci n'ont-ils pas à dire qu'en principe tous doivent être égaux dans un malheur commun; et que, créancier comme eux, le commissionnaire ne peut, à bon droit, réclamer une préférence qui ne résulte en sa faveur, ni du texte de la loi, ni d'un contrat de nantissement? L'objection pèche par sa base. D'abord il n'est pas vrai que le commissionnaire soit créancier comme le sont les autres créanciers; car, saisi de la

Digitized by Google

marchandise, il peut répondre que, s'il n'en avait eu a possession, il n'aurait rien avancé, rien payé, rien déboursé. En second lieu, ou ces créanciers agissent du chef de leur débiteur, ou ils agissent de leur propre chef : au premier cas, n'ayant pas plus de droit que le débiteur qu'ils représentent, ils sont repoussés par la reconvention qui le repousserait lui-même; au deuxième cas, ils sont, comme le commissionnaire, créanciers du propriétaire de la chose; mais ils ne le sont pas dans une égale condition : *Plus est cautionis in re quàm in personâ.* Entre deux créanciers dont l'un détient la chose, le concours n'est pas possible. La détention l'emporte : *Melior est causa possidentis.* D'ailleurs, fallût-il remonter à la cause de la préférence due au commissionnaire, il n'en est aucune aussi favorable. Ainsi, opposable au débiteur, le droit de rétention ne l'est pas moins aux créanciers de ce débiteur lui-même, à quelque titre qu'ils agissent. Voilà pourquoi Casaregis pose en principe qu'il n'est point d'hypothèse où le droit de rétention reçoive la moindre atteinte : *Nullus est casus, et nulla dispositio quæ retentionis exclusionem percutiat* (Disc. 22, n° 22). La compensation fût-elle impossible, ou le commissionnaire y eût-il renoncé, le droit de rétention ne lui en resterait pas moins : *Retentio semper competit etiàm compensatione prohibitâ vel renuntiatâ* (Casareg., *ubi sup.*). C'est qu'en effet compenser et retenir étant deux droits distincts, la privation ou l'abdication de l'un n'entraîne nullement la privation ou l'abdication de l'autre.

232. — Mais jusqu'où s'étend la rétention? Dans la rigueur des principes, ou plutôt à s'en tenir au texte de l'art. 93, elle ne comprendrait que les avances faites sur la marchandise même, objet de la consignation. Cepen-

Digitized by Google

dant, *favore publici commercii*, l'usage consacré par la jurisprudence (Cass., 22 juillet 1817, Sirey, 18, 1, 46) lui a donné un effet plus extensif. Il est reçu qu'elle s'exerce non-seulement sur la marchandise à l'occasion de laquelle le commissionnaire a fait des déboursés, des frais, des payements ou des avances, mais encore, pour le solde général de son compte (1), sur toutes celles dont il a la détention, quelque étrangères qu'elles soient au résultat de ce compte. On a pensé que limiter *ex rigore juris* le droit de rétention, ce serait entraver le cours du commerce, et nuire au crédit qui en est l'âme. Ce serait, dit Paley, page 109, chose évidemment préjudiciable à la circulation du négoce, si les commissionnaires, dont l'emploi est de le faciliter, ne pouvaient se dessaisir de la marchandise qui est entre leurs mains, sans perdre la garantie la plus certaine de leurs avances ; ce qui aurait lieu, si le droit de rétention se bornait à la marchandise, objet de ces avances.

La rétention du commissionnaire telle que l'ont faite l'usage et la jurisprudence, ne se borne donc pas au droit de retenir la chose pour tout ce qui lui est dû à l'occasion de cette chose : *A right to retain the thing itself, in respect of which the claim arises ;* le commissionnaire la retient pour toutes créances commerciales indistinctement :

(1) En Hollande on distingue : le privilége s'étend aussi aux *obligations courantes* que le commissionnaire a contractées pour le commettant, si l'expédition a été faite *de l'étranger* (art. 80 C. holl.) ; mais si elle est partie de *l'intérieur* du royaume, le privilége du commissionnaire a lieu « seulement et exclusivement pour ses « avances, intérêts et frais, ou pour les obligations qu'il a contrac- « tées par rapport aux marchandises ou effets sur lesquels il veut « exercer son privilége » (Trad. de M. V. Foucher). On reconnaît bien là ces bons Hollandais : tirons du dehors le plus, et envoyons-y le moins d'argent possible.

Digitized by Google

A right to hold not only for demands specifically arising out of the thing retained, but for the general balance of accounts (Paley, p. 108).

233. On a dit, n° 228, que, pour que ce droit existe, il faut détenir la chose au jour de la faillite, car point de détention, point de rétention possible. Celle-ci ne naît qu'avec la détention, et s'évanouit avec elle. Par exemple, voulant vendre vous-même, pour épargner des droits de commission, des marchandises que vous m'aviez consignées, vous arrivez, et me donnez l'ordre, que j'exécute, de les livrer à un courtier. Le droit de rétention étant *quasi quoddam pignus*, je suis comme un gagiste qui n'a plus le gage; en cessant de détenir, j'ai cessé de pouvoir retenir. Toutefois, puisqu'on détient par autrui aussi bien que par soi (art. 2228 C. civ.), nous pouvons détenir une chose quoiqu'elle soit matériellement détenue par un autre, *v. g.*, quand je livre vos marchandises au courtier pour être vendues en exécution de mon mandat; si, après les avoir reçues de vous, je les transmets à mon délégué d'une autre place; ou si, vous ayant vendu 50 sacs de café, j'ai pris sur moi les risques du transport avec l'obligation de vous les livrer dans un autre lieu. Nous pouvons même avoir la détention d'un objet, et par suite le droit de le retenir, sans l'avoir jamais matériellement détenu: par exemple, si vous consignez directement des marchandises soit au capitaine de mon navire, soit à Jacques en sa qualité de mon préposé ou de mon mandataire. Dans toutes ces hypothèses et autres semblables, je ne cesse pas de détenir; je détiens par mes agents ou mes mandataires, ce qui ne porte aucune atteinte au principe que *nul ne retient qui ne détient*.

Digitized by Google

234. — Il n'est que deux cas où le commissionnaire qui a cessé de détenir ne perd pas pour cela le bénéfice de la rétention : c'est d'abord celui où il a vendu et livré la marchandise. Alors, il se rembourse sur le produit de la vente, par préférence à tous autres créanciers (art. 94). Ce droit est juste, car il ne le serait pas qu'ayant entre les mains le produit de la chose, je perdisse mes sûretés précisément par le fait de l'exécution de mon mandat. S'il en était ainsi, le contrat de commission n'accomplirait pas sa fin : voilà pourquoi le prix de la vente ou les valeurs qui la soldent, sont passibles de la même rétention que la marchandise elle-même.

235. — Le second cas, c'est lorsque le commissionnaire qui a acheté et payé de ses deniers, ou a contracté l'obligation personnelle de payer, a expédié la marchandise avec tradition au commettant. Alors le commissionnaire n'a plus ni détention réelle, ni détention virtuelle. Cependant il peut faire saisir en route, *in transitu*, la marchandise expédiée, et la retenir jusqu'à parfait payement. Les besoins du commerce ont introduit cette dérogation au principe que *qui ne détient ne retient*. Ce droit accordé au vendeur par l'art. 576 y est qualifié de revendication ; mais cette qualification n'est pas plus exacte que celle de *privilége* donnée par l'art. 93 au droit qu'a le commissionnaire de retenir la marchandise qui est encore chez lui (V. n° 230). En effet, s'il est quelque chose de certain, c'est que la revendication ne peut être exercée que par le propriétaire, ou par quelqu'un qui le représente, ou est à ses droits, *qui est loco domini*. Or une fois que j'ai expédié à Jacques, auquel je fais crédit, des marchandises achetées par moi de son ordre et pour son compte, *v. g.*, de Pierre à qui je les ai payées de mon argent, le

Digitized by Google

propriétaire de ces marchandises ce n'est ni Pierre ni moi ; ce n'est pas Pierre, puisqu'il est payé, et qu'à son égard tout est consommé ; ce n'est pas moi non plus, puisque je n'ai acheté et expédié que pour le compte d'un autre. La marchandise n'a donc de propriétaire que Jacques, lequel m'en doit le prix. Mais, comme Jacques est en faillite, et que ses créanciers, au nombre desquels je me trouve, sont saisis de tous ses biens, par conséquent de la marchandise dont il s'agit, il est évident qu'elle ne saurait être de ma part l'objet d'une revendication.

On a pourtant prétendu justifier cette qualification en disant : si Pierre n'était pas payé, il pourrait revendiquer ; le commissionnaire le peut donc aussi, puisque, obligé pour son commettant et ayant payé le vendeur, il se trouve subrogé aux droits de celui-ci (art. 1251 C. civ.). Le commissionnaire est donc *loco domini* (arrêts de la Cour de cass. des 16 et 19 novembre 1810). Ce raisonnement ne nous paraît pas juste ; car l'art. 1251 est dans l'espèce d'un créancier envers lequel deux ou plusieurs sont ou engagés solidairement, ou tenus subsidiairement les uns pour les autres. L'application de cette loi ne peut jamais avoir lieu, que le créancier n'ait au moins deux obligés. Cela est évident. Or, dans notre espèce qui suppose un commissionnaire achetant en son propre nom, le vendeur n'a pour obligé que le seul commissionnaire qui n'a engagé que lui seul.

Par conséquent, pas de subrogation possible en vertu de l'art. 1251, lequel n'a pas été fait, et n'a pas pu être fait en vue d'un tel commissionnaire. D'un autre côté, la revendication du vendeur qui s'est dépouillé de sa propriété est un véritable privilége, et un privilége n'admet de subrogation *de plein droit* qu'en vertu d'une loi. Or il n'en existe aucune consacrant cette subrogation.

Digitized by Google

Il faut donc chercher ailleurs que dans les principes du droit l'origine de la faculté donnée au commissionnaire de revendiquer la marchandise non encore entrée dans les magasins du failli. Cette faculté ne se déduit pas davantage de l'art. 1251 du Code civil, inutilement invoqué pour lui faire dire ce qu'il ne dit point, ce qu'il n'a pu dire. Plusieurs dispositions de ce Code réservent, d'une manière générale, les usages du commerce. L'art. 2102 porte textuellement : *Il n'est rien innové aux lois et usages du commerce sur la revendication.* Voilà de quoi il fallait argumenter. En effet la revendication du commissionnaire, au cas dont il s'agit, est un usage introduit *utilitatis causâ.* Cet usage est antique, constant, universel, consacré par la jurisprudence ; il réunit ainsi toutes les conditions indiquées, t. 1, n° 265. C'est donc une loi du commerce. Dans la vérité, la saisie de la marchandise en route n'est autre chose qu'une extension du droit de rétention ; mais il est reçu, *contrà rationem juris*, que le commissionnaire revendique, comme quasi-subrogé aux droits du vendeur, toutes les fois que le vendeur pourrait revendiquer lui-même. On le tient pour subrogé de fait, *favore publici commercii*, non-seulement aux droits du vendeur, mais encore aux actions et priviléges des fournisseurs, prêteurs, cautions et créanciers quelconques qu'il a payés, désintéressés ou garantis pour le commettant ; ce qui est encore *contrà rationem juris.* On a pensé qu'un agent aussi nécessaire à la vie du commerce ne pouvait être environné de trop de protection. Telle est la coutume commerciale. Pourquoi donc, au lieu de la reconnaître comme le fait le Code civil lui-même (art. 2102, n° 4), et d'y puiser des motifs de solution, aime-t-on mieux fausser les lois civiles que de ne pas les appliquer au commerce pour qui elles n'ont pas été faites ?

Digitized by Google

236. — Le droit de rétention expliqué, nous l'appellerons désormais indifféremment *droit de rétention* ou *privilége*, puisque c'est cette dernière qualification que la loi lui a donnée. Voyons maintenant comment l'esprit du Code veut que l'application en soit faite.

Quatre de ses dispositions seulement ont un rapport direct à la matière qui fait l'objet du présent paragraphe : ce sont les art. 93, 94, 95, 576.

L'art. 93 dispose : « Tout commissionnaire qui a « fait des avances sur des marchandises à lui expédiées « d'une autre place pour être vendues pour le compte du « commettant, a privilége pour le remboursement de ses « avances, intérêts et frais, sur la valeur des marchan- « dises, si elles sont à sa disposition, dans ses magasins, « ou dans un dépôt public, ou si, avant qu'elles soient « arrivées, il peut constater, par un connaissement ou « par une lettre de voiture, l'expédition qui lui en a été « faite. »

« Si les marchandises ont été vendues et livrées pour « le compte du commettant, porte l'art. 94, le commis- « sionnaire se rembourse, sur le produit de la vente, du « montant de ses avances, intérêts et frais, par préfé- « rence aux créanciers du commettant. »

L'art. 95 est ainsi conçu : « Tous prêts, avances ou « payements qui pourraient être faits sur des marchan- « dises déposées ou consignées par un individu résidant « dans le lieu du domicile du commissionnaire, ne don- « nent privilége au commissionnaire ou dépositaire qu'au- « tant qu'il s'est conformé aux dispositions prescrites par « le Code civil, liv. 3, titre 17, pour les prêts sur gages « ou nantissements. »

Le vendeur peut aussi revendiquer les marchandises expédiées, tant que la tradition n'en a pas été effectuée

Digitized by Google

dans les magasins du failli, ou dans ceux du commissionnaire chargé de les vendre pour le compte du failli (art. 576).

237. — Observons d'abord que le législateur met une différence entre les consignations du dehors et les consignations d'une même place.

Ainsi, dans le premier cas, qui est celui de deux contractants ne résidant pas au même endroit, le privilége du commissionnaire est acquis, d'après le pur texte de l'art. 93, à quiconque a fait des avances sur une marchandise, ou des frais à l'occasion d'une marchandise à lui expédiée d'un autre lieu que le lieu de sa résidence, et destinée à être vendue pour le compte du commettant, si celui qui a fait ces avances ou ces frais peut prouver l'une de ces trois choses :

Ou que la marchandise est à sa disposition dans ses magasins ;

Ou qu'elle est à sa disposition dans un dépôt public ;

Ou, à défaut de l'une de ces deux hypothèses, qu'elle lui est actuellement expédiée, dernière preuve qu'il doit faire par un connaissement ou par une lettre de voiture.

Au deuxième cas, c'est-à-dire quand l'objet de la consignation ou du dépôt se trouve déjà dans le même lieu que celui où résident le commettant et le commissionnaire, point de privilége sans l'accomplissement des formalités prescrites par l'art. 2074 du Code civil, C'est un véritable contrat de gage ou de nantissement (Voir t. 2, n° 19).

Droit de rétention, droit de nantissement, l'effet en est le même ; c'est toujours l'avantage qu'a le détenteur d'être payé sur le prix de la chose qu'il détient, par préférence à tous autres créanciers, *nemine excepto*. Néanmoins, si

Digitized by Google

l'on veut se reporter à l'art. 446, on verra qu'il n'est pas toujours indifférent de savoir lequel de ces droits exerce le commissionnaire. Le nantissement *est nul et de nul effet relativement à la masse*, s'il a été fait dans les dix jours qui ont précédé l'époque de la faillite de celui qui a donné le gage. S'agit-il, au contraire, de marchandises expédiées d'une autre place pour être vendues, le droit de rétention sera respecté, l'expédition eût-elle été faite la veille de la faillite du consignant, à moins de collusion prouvée entre lui et le consignataire (V. M. Troplong, *des Hypoth.*, t. 3, n° 654).

238. — Avant de pousser plus loin nos explications, il est nécessaire de remarquer que le connaissement ou la lettre de voiture représente la marchandise même, aux mains d'un destinataire légalement porteur de l'un de ces titres.

Il y a plus que de la fiction dans cette virtualité, il s'y trouve du réel ; car la lettre de voiture ou le connaissement une fois signé, il faut nécessairement que les marchandises suivent leur destination, puisque la personne chargée de les transporter n'en peut être déchargée que par le reçu de celui à qui elles sont destinées (art. 285). A moins de dol ou de cas fortuit, le commissionnaire porteur d'un connaissement ou d'une lettre de voiture est donc certain d'avoir, au bout du temps nécessaire au trajet, la détention corporelle des effets expédiés. Il est maître d'en disposer *pro arbitrio*. Il en a si bien la disposition, qu'il peut les vendre et les livrer sans qu'elles soient jamais parvenues jusqu'à lui, l'acheteur ayant alors qualité pour décharger le patron ou le voiturier.

239. — Du rapprochement de nos art. 93 et 95 res-

Digitized by Google

sort une question qui peut n'être pas sans importance. Lorsque, au lieu d'être envoyée à la vente, la marchandise est expédiée d'une autre place pour servir de gage à un prêt, à une avance, le commissionnaire acquiert-il le privilége sans avoir accompli la formalité prescrite par l'art. 2074 du Code civil? L'art. 95 semble trancher la difficulté. Cet article ne renvoie au Code civil que pour le cas où le commettant et le commissionnaire ont une même résidence. On peut donc en conclure qu'il autorise le nantissement par l'expédition de la chose, « pourvu que la « facture contienne la déclaration de la somme due, ainsi « que l'espèce et la nature des effets remis en gage. » La date certaine que la loi civile exige est commercialement assurée par l'enregistrement de la facture et de la lettre d'envoi sur les livres, par le timbre de la poste, par le connaissement ou la lettre de voiture. Or le contrat de nantissement pouvant se faire par acte sous seing privé, il s'ensuit qu'il peut, dans l'espèce, être constaté par tous les moyens énumérés dans l'art. 109 du Code de commerce (V. t. 1er, nos 131 et suiv.). A la vérité, la Cour de cassation a jugé, par arrêt du 5 juillet 1820 (Voyez-le à sa date, *Journal du Palais*), que la formalité prescrite par l'art. 2076 du Code civil est de rigueur. Mais quoique la notice de cet arrêt ne s'en explique pas, tout porte à croire que, dans cette espèce, les contractants avaient une même résidence. Sans cela, nous oserions penser que la Cour suprême a fait erreur; d'abord parce que l'art. 95 ne soumet à la formalité que les commerçants qui ont une résidence commune, et que les prohibitions ne doivent pas être étendues; en second lieu, parce qu'il serait contraire à l'intérêt du commerce qu'un négociant éloigné qui a besoin d'une avance, ne pût expédier sa marchandise pour gage, et fût ainsi forcé de faillir ou de l'envoyer

Digitized by Google

la vente dans un temps inopportun, alors même qu'il a peut-être la certitude morale d'une prochaine amélioration dans les cours.

240. — Les art. 95 et 93 ont été l'objet de bien des controverses, soit que l'on considère le privilége du commissionnaire contesté par la masse d'un commettant failli, par un précédent commissionnaire qui a expédié à crédit à ce même commettant, ou par un sous-commissionnaire ; soit qu'on le considère en conflit avec le privilége que donne au vendeur l'art. 576. On ne saurait croire tout ce qu'il existe de décisions judiciaires à ce sujet, tantôt dans un sens, tantôt dans un autre. C'est à s'y perdre (1).

Cependant, quelque nombreuses que puissent être les difficultés d'application *pro varietate casuum*, toutes se résument désormais pour nous en ces trois points principaux : A quelles conditions existe le privilége du commissionnaire ? Sur quoi s'étend-il ? De quelles créances assure-t-il le payement ?

241. — A quelles conditions le privilége existe-t-il ? Si l'on s'en tient judaïquement au texte de l'art. 93, le privilége n'existerait qu'autant que la marchandise a été *réellement dirigée*, *mise en voyage* d'une place sur une

(1) Il n'est pire manière d'étudier le droit que de l'étudier dans des arrêts. Un jeune avocat qui veut faire des progrès doit commencer par examiner avec la plus grande attention toute sa procédure, et se bien pénétrer du fait ; puis se poser à lui-même les questions qui en résultent en droit, et les résoudre avec le seul secours des principes dont il est imbu, et de son propre raisonnement. Après cela on consulte les auteurs en mettant leurs raisons à l'épreuve du raisonnement, car souvent ils se trompent. Cela fait, on en vient aux arrêts : alors ils peuvent avoir leur utilité.

Digitized by Google

autre place, et que le commissionnaire en a reçu la tradition effective ou virtuelle, sans laquelle il est clair qu'il n'en pourrait *disposer :*

Effective, s'il détient la marchandise dans ses magasins,

Ou s'il la détient dans un dépôt public ;

Virtuelle, s'il peut prouver, par un connaissement ou par une lettre de voiture, qu'elle lui était expédiée dès avant la faillite du commettant.

Il faudrait, de plus, à s'en tenir strictement aux termes de l'art. 93, que l'expédition fût *nominativement* faite à l'adresse du commissionnaire ;

Et qu'il eût reçu *le pouvoir de vendre.*

Mais, on l'a déjà dit, la loi n'est que démonstrative du cas le plus fréquent en matière de commission. Elle ne fait ici, comme le lui conseillait sagement Cambacérès, que « poser un principe fécond en conséquences, et qui, « dans l'exécution, ne résiste jamais à la bonne foi et à « l'équité, véritables règles du commerce. » Le Code le dit lui-même ; car il déclare, en tête de son titre VI, n'entendre parler que *des commissionnaires en général.* Tout dépend quelquefois, et nous en verrons bientôt des preuves multipliées, de la coutume commerciale et des circonstances dont l'appréciation est nécessairement abandonnée à la conscience et aux lumières du juge : *Legibus non expressa judicis arbitrio relicta intelliguntur* (Card. Mant., *De tac. et ambig.*, lib. 1, tit. 14, p. 34).

242. — Deux choses fondamentales sont donc à examiner avant tout :

Quand peut-on dire qu'il y a expédition de place en place ?

Quand peut-on dire qu'il y a eu tradition ?

Digitized by Google

Nous examinerons plus tard les autres difficultés.

Il y a expédition de place en place, selon la lettre de l'art. 93, toutes les fois que le lieu où le commissionnaire réside et le lieu d'où la marchandise lui est expédiée sont différents, que ce dernier lieu soit celui de la résidence du commettant, ou qu'il ne le soit pas : *v. g.*, si je vous expédie mes marchandises de Nantes, mon domicile, à Saint-Malo, votre résidence; ou si je vous les y fais expédier de Brest, où elles sont actuellement. Ces deux expéditions ont la même efficacité. Ce sont les plus ordinaires, et les seules dont parle l'art. 93. Elles sont de tous les jours, de tous les moments.

Mais la coutume commerciale et la jurisprudence en reconnaissent deux autres, plus rares, il est vrai, mais non moins efficaces.

Il y a donc encore expédition de place en place, quand, du lieu qu'il habite ou d'un lieu qu'il n'habite pas, le commettant fait transporter ses marchandises dans un lieu qui n'est pas la résidence du commissionnaire, mais où celui-ci peut en disposer : *v. g.*, lorsque j'envoie mes cafés de Lesnéven, mon domicile, ou quand je les fais envoyer de Morlaix à Jacques, demeurant à Brest, avec ordre de les tenir à la disposition de Pierre, négociant à Landernau, à qui j'ai mandé de m'en procurer la vente.

Enfin il y a expédition de place en place si, le commettant et le commissionnaire résidant au même lieu ou en la même ville, la marchandise est expédiée d'une autre ville ou d'un autre lieu au commissionnaire.

Dans tous ces exemples on voit les denrées et les marchandises déplacées, livrées à la circulation, à la consommation, et le propriétaire pouvant obtenir des avances; ce qui favorise la circulation des capitaux et l'entreprise de nouvelles opérations. Or c'est précisément tout cela

Digitized by Google

que le législateur veut favoriser. L'aisance du peuple et la prospérité de l'État en dépendent.

Il est encore une quatrième espèce d'expédition par équipollence, dont nous parlerons plus tard.

Mais le Code de commerce ne s'étant expliqué que sur l'expédition de la première espèce, et ne l'ayant fait que d'une manière démonstrative, la question de savoir quand on peut dire qu'il y a expédition a donné lieu à de nombreux litiges, parce que, selon la diversité des intérêts en présence, on invoquait d'un côté le texte de la loi, et de l'autre son esprit. Essayons d'exposer sommairement le résultat de ces controverses.

243. — D'abord les créanciers du commettant ont quelquefois contesté sur la distance qu'il faut entre le lieu du départ et le lieu du reste pour constituer une expédition. La loi ne le dit pas ; elle ne pouvait le dire. C'est le juge qui en décide en pur point de fait, comme il décide, en matière de lettres de change, s'il y a remise de place en place. Il en est fait chaque jour, par exemple, de Saint-Servan sur Saint-Malo, et réciproquement. Ces deux villes se touchent, et sont cependant deux places différentes. Mais tirer de Brest sur Recouvrance, *aut vice versâ*, ce n'est pas faire une lettre de change, car, bien que ces deux endroits soient séparés par le port, ils ne font pourtant qu'une seule et même ville. Ce que la loi entend par une *expédition* ne peut donc être fait de l'un de ces points sur l'autre. Mais y a-t-il change ou expédition de Lambezellec sur Brest ? Voilà de quoi le juge décidera souverainement (1).

(1) Lambezellec est une commune rurale, dont le chef-lieu est à un kilomètre de Brest, et dont le territoire touche aux remparts.

Digitized by Google

244. — Une seconde difficulté a été celle de savoir si, pour caractériser une expédition d'une autre place, il est nécessaire que la marchandise soit adressée nominativement à la personne qui a fait les avances. Par exemple, en expédiant par mer, d'ordre et pour compte de *Salomon*, résidant à Saint-Brieuc, un chargement de blé, lequel, suivant la charte-partie, doit être débarqué à Nantes ou à Lorient, *Jacques*, qui demeure à Tréguier, lui en adresse par la poste un connaissement à ordre. A son tour, Salomon l'adresse par la même voie avec son endossement à *Pierre*, négociant de Nantes, duquel il reçoit une anticipation de 10,000 fr. Mais, pendant que le navire est encore en cours de voyage, faillite de Salomon, dont les syndics contestent le privilége de Pierre, se fondant sur ce qu'il lui est impossible de justifier, dans les termes de l'art. 93, « qu'avant l'arrivée de la marchan- « dise l'expédition lui en a été faite, » puisque le connaissement n'était point en son nom, et qu'on ne savait même pas, au jour où les avances ont été reçues par le failli, si la marchandise ne serait pas déchargée à Lorient au lieu de l'être à Nantes.

La question s'est présentée devant le tribunal de commerce de Marseille, qui l'a justement décidée en faveur du commissionnaire, par jugement du 27 mai 1831, dont voici les motifs que la Cour d'appel d'Aix adopta purement et simplement par arrêt du 25 août de la même année :

« Considérant que l'esprit autant que la lettre de l'ar- « ticle 93 du Code de commerce démontrent que la loi « accorde privilége à celui *qui fait confiance à la chose et « non à la personne ;*

« Que seulement elle a changé le mode d'acquérir le « privilége pour le cas où cette chose est sur les lieux où

Digitized by Google

« le prêt se fait, et, dès lors, c'est sous la forme du nan-
« tissement que le privilége peut s'acquérir ;

« Ou la chose se trouve éloignée, et c'est par la pos-
« session du connaissement ou de la lettre de voiture que
« le privilége est obtenu ;

« Que cette distinction, faite par le sieur *Arata*, que
« l'expédition de la marchandise doit nominativement
« être faite à la personne qui fait les avances, *inu-*
« *sitée* dans le commerce, en entraverait la marche et les
« opérations sans aucun avantage, et qu'elle détruirait
« l'effet que doivent avoir les connaissements à ordre ;

« Qu'en effet le chargeur d'une marchandise et le ca-
« pitaine qui consentent à souscrire un connaissement à
« ordre, s'obligent à livrer la marchandise à celui qui est
« porteur de l'ordre ; que, par l'effet de cette clause, le
« porteur de l'ordre est censé le consignataire unique du
« chargement ;

« Qu'il arrive tous les jours que les propriétaires d'une
« marchandise, porteurs de connaissements à ordre, de-
« vancent l'arrivée du navire sur lequel elle est chargée,
« reçoivent des anticipations; et la possession du connais-
« sement a toujours équivalu à l'expédition de la mar-
« chandise ;

« Décider le contraire serait placer le propriétaire de
« cette marchandise dans une position cruelle; car il ne
« pourrait recevoir des avances, d'après l'art. 93, et,
« sa marchandise étant encore en route, il ne pourrait non
« plus user du bénéfice de l'art. 95, qui se réfère aux for-
« malités prescrites par le Code civil, au titre du *nantis-*
« *sement*, puisque l'art. 2076 exige, pour la validité du
« nantissement, que le gage soit mis dans les mains du
« prêteur. » (*Jurisp. comm. et marit. de Marseille*, t. 12,
« part. 1, p. 225).

Digitized by Google

Il y a dans ce jugement quatre mots de trop. Il résulte bien de l'esprit de l'art. 93 que la loi accorde le privilége à celui qui *fait confiance* à la chose et non à la personne; mais que cela résulte de son texte, nous ne le croyons pas.

Une seconde question était soulevée. Dans cette espèce, le failli, qui résidait à Gênes, s'était rendu à Marseille où résidait le sieur *Luce*, à l'ordre duquel le connaissement avait été endossé, et c'est dans cette même ville que le connaissement lui fut remis. On en tirait cette conclusion qu'il n'y avait pas eu expédition de place en place, puisque, au temps de l'opération, le commettant, le commissionnaire et la marchandise (représentée par le connaissement) se trouvaient au même lieu. Par conséquent, disait-on, Luce ne peut avoir de privilége faute d'un acte de nantissement conforme au prescrit de l'art. 2076 du Code civil, combiné avec l'art. 95 du Code de commerce.

« Attendu, répond le tribunal, que l'objection du sieur « *Arata*, que la remise des connaissements a eu lieu par « le sieur *Margaria*, à M. Luce à Marseille, est sans fon- « dement;

« Que si, par opposition à l'art. 93 qui n'accorde pri- « vilége au commissionnaire que sur des marchandises « expédiées *de place en place*, l'art. 95 a ordonné que des « avances faites sur des marchandises déposées ou con- « signées par un individu *résidant* dans le lieu du domicile « du commissionnaire, ne donnent privilége qu'autant que « le commissionnaire s'est conformé aux dispositions pres- « crites par le Code civil pour les gages ou nantissements, « par le mot *résidant* la loi a eu évidemment en vue une « *résidence fixe*, un *domicile*.

. . . . . .

« Attendu qu'il est *de règle et d'usage* de considérer « sous le rapport de la validité, des garanties et de leurs

Digitized by Google

« conséquences, les opérations que le chef d'une maison « fait passagèrement sur une place étrangère, *comme si « elles avaient été faites à son domicile de fait* et son « domicile légal, dans le lieu enfin où est son établisse- « ment commercial » (*Jurisp. de Mars.*, *ubi sup.*)

Dans cette espèce, le privilége du commissionnaire était contesté par *Arata* lui-même qui avait vendu à crédit, et expédié un chargement de blé à *Margaria*. Mais si *Arata* fût tombé en faillite, évidemment ses syndics n'eussent pas obtenu un meilleur succès que lui.

245. — Autre controverse : On a demandé s'il y a expédition, dans le sens de la loi, lorsque je vous consigne à Nantes, où nous demeurons tous deux, des marchandises qui m'appartiennent, et que je vous fais expédier du Havre ; ou lorsque, du lieu où nous résidons, j'expédie aux colonies des marchandises pour y être vendues par vos soins. La raison de douter est celle-ci : d'une part, pour conférer le privilége, l'art. 93 n'exige qu'une expédition de place, sans distinguer si les parties ont ou n'ont pas une même résidence. D'un autre côté, l'art. 95 le soumet aux formes du Code civil, lorsque les contractants habitent dans le même endroit, sans distinguer, à son tour, si la marchandise y était ou n'y était pas lors du contrat, c'est-à-dire si c'est d'un autre lieu qu'elle a été expédiée au commissionnaire, ou si elle a été expédiée de la commune résidence sur un autre point pour être vendue par le commissionnaire. Ainsi, *primâ fronte*, l'intention de la loi peut paraître douteuse. On a même enseigné (M. Pardessus, n° 1203) qu'en supposant une commune résidence au commettant et au commisssionnaire, celui-ci ne peut jamais acquérir de privilége qu'au moyen d'un contrat de dépôt ou de nantissement.

Digitized by Google

Néanmoins l'interprétation contraire est seule reçue dans la jurisprudence, et c'est aussi la seule admissible. La raison en est dans la nature même des choses. L'interprétation devrait être inverse si, comme le dit la lettre de la loi, le droit du commissionnaire n'était qu'un privilége, puisque, de sa nature, le privilége est restrictif. Mais, dans la réalité, la préférence du commissionnaire n'est pas un privilége, c'est le droit de rétention. Ce droit est favorable sous tous les rapports, car il se fonde non-seulement sur l'équité naturelle, mais encore sur l'intérêt général du commerce, et, par suite, sur celui de l'État lui-même. On a donc pu et dû interpréter en faveur du commissionnaire le doute qui semble naître du rapprochement des art. 93 et 95, et c'est ainsi que la force des choses, *rerum natura*, finit toujours par l'emporter sur l'amphibologie des lois.

246. — Enfin, pour constituer une expédition sur laquelle le privilége puisse se fonder, est-il indispensable que le commissionnaire ait reçu le pouvoir de *vendre* les marchandises qui lui sont consignées?

L'art. 93 le dit en toutes lettres, et c'était encore là une des prétentions du sieur *Arata*, qui aurait dû triompher si le droit du commissionnaire n'était pas quelque autre chose qu'un *privilége* dans le sens propre de l'expression. Mais la coutume commerciale ne l'a jamais entendu de la sorte : « Attendu, dit le tribunal de Marseille, « que le mandat de vendre n'est pas une condition à « défaut de laquelle le privilége des avances sur connais- « sement puisse être perdu, si d'ailleurs toutes les condi- « tions de l'art. 93 ont été remplies ; — que ce mandat « peut être donné verbalement, qu'il peut être révoqué, « et que le commissionnaire peut, suivant les circon-

Digitized by Google

« stances, ne pas en user; — que ce mandat devient « même illusoire dans les mains du commissionnaire, « lorsqu'il ne peut atteindre les limites qui lui ont été « données par le mandant; qu'avant qu'il soit exécuté, « le commettant peut retirer la marchandise; — qu'enfin « le commissionnaire peut, pour se payer de ses avances, « se faire autoriser à vendre la marchandise en ses mains; « qu'il a donc un mandat légal et forcé qu'il est obligé « d'employer, alors même qu'il a un mandat volontaire, « lorsque les limites ne lui permettent pas d'en user. »

Ce qu'il faut pour constituer une expédition conférant privilége, n'exige point, quant à présent, d'autres explications.

247. — Mais l'expédition de *place en place* ne suffit pas; il faut de plus que le commissionnaire détienne la marchandise, et il ne peut la détenir que s'il en a reçu la tradition. Quand donc peut-on dire que la tradition lui en a été faite?

On détient, avons-nous vu, n° 233, aussi bien par autrui que par soi-même; et, comme un connaissement ou une lettre de voiture représente la marchandise, on détient la marchandise lorsqu'on détient, *justâ ex causâ*, l'un de ces titres. Il y a donc deux sortes de traditions : l'une effective et l'autre virtuelle.

248. — La traddition est effective si le commissionnaire détient la chose dans ses magasins ou dans un dépôt public, *v. g.* la halle aux blés, la douane, etc.

Là s'arrête l'art. 93, et, si on le prend *strictis verbis*, on doit décider qu'il ne s'y agit que des propres magasins du commissionnaire. Mais ce n'est pas ainsi que l'entend la coutume commerciale. Les magasins du commission-

Digitized by Google

naire sont partout où la marchandise consignée se trouve *à sa disposition*, *v. g.*, un navire qui ne lui appartient pas, un quai, une cale, une place publique, etc. L'art. 80 du Code hollandais a cru devoir s'en expliquer en ces termes : « ..... s'ils (les effets) se trouvent à sa dis-« position dans ses magasins, ou dans un dépôt public, « *ou s'ils se trouvent en sa possession de quelque autre* « *manière* » (Trad. de M. V. Foucher). Il y a donc encore tradition effective au commissionnaire, s'il détient la chose dans les magasins d'une personne qui le représente ou d'un tiers convenu quelconque; car rien n'empêche que ce tiers convenu ne soit le commettant lui-même : *v. g.*, si je vous prie de me faire une avance de 3,000 fr. sur la facture de mes salaisons que vous vendrez, et que je tiens dès ce jour à votre disposition dans mes magasins. Je deviens, en ce cas, l'entrepositaire de mon commissionnaire, et remplis à son égard l'office d'une tierce personne. Notre convention est, certes, fort légitime, et il n'y a nul motif pour que je mette ma marchandise à votre disposition, plutôt chez mon voisin que chez moi. Remarquons que cette espèce implique une expédition virtuelle de place en place. C'est comme si je résidais au lieu où vous résidez, *et vice versâ*, et que je fisse mon envoi de chez moi chez vous.

249.—La tradition est virtuelle, aux termes de l'art. 93, lorsque le commissionnaire constate l'expédition à lui faite d'une autre place, par un connaissement ou par une lettre de voiture, qni, comme on l'a vu n° 238, sont plus que le symbole de la marchandise.

On voit donc bien ce que c'est que la tradition en fait de commission : c'est, pour nous servir des termes de l'art. 93, lorsque les marchandises *sont à la disposition*

Digitized by Google

du commissionnaire, ou, comme le veut le Code hollandais, s'il en a la possession de quelque autre manière que celle littéralement exprimée en cet art. 93. Effectivement, quand nul autre que moi ne peut disposer, à mon préjudice, de la chose qui m'est consignée, qu'importe que je la détienne corporellement ou virtuellement? Cela importe si peu, qu'au lieu de faire une énumération démonstrative de quelques-uns des moyens par lesquels le commissionnaire peut avoir la détention de la chose, la loi aurait pu se borner à dire : « Le commissionnaire a « privilége, par préférence à tous autres créanciers, pour « ses avances, intérêts et frais, sur les marchandises « qui lui sont consignées du dehors, *si elles sont à sa dis-* « *position.* »

En effet, là où est la marchandise dont je dispose, là est mon magasin (V. M. Pardessus, n° 1203) ; comme là où est le connaissement qui doit être déchargé, là est la marchandise.

Telle est la faveur due aux opérations du commerce, que, pour acquérir privilége, il n'est même pas indispensable que le commissionnaire soit nanti d'un connaissement ou d'une lettre de voiture, au moment où il se met à découvert, ou contracte des obligations pour le commettant ; il suffit que l'un de ces titres lui ait été promis, pourvu qu'il lui parvienne même après une saisie pratiquée par un tiers sur la marchandise qui doit lui être envoyée. Par exemple, en m'annonçant par lettre que je vais recevoir le connaissement d'une cargaison de grains que vous me consignez, vous me priez d'accepter de vos traites, et j'y donne mes acceptations, n'étant encore nanti d'aucun connaissement. Le chargement se fait, et le connaissement m'est adressé. Mais il est encore en route et le navire n'est pas sous voiles, lorsque le ven-

Digitized by Google

deur des grains, qui n'est pas payé, met opposition sur le chargement, conclut à la résolution du marché et à la réintégration de la marchandise. Cette demande est mal fondée, car je n'ai accepté les traites qu'à la condition qu'un connaissement me serait remis. Or la promesse du connaissement m'ayant été faite avant la saisie, et sa remise venant à se réaliser, l'effet en remonte au jour où j'ai reçu cette promesse. Ainsi l'a jugé la Cour d'appel de Rennes, le 12 juin 1840, en confirmant un jugement du tribunal de commerce de Nantes. Comme c'est un arrêt de principe, en voici les motifs : « Considérant, dit la Cour, que c'est « à tort que l'appelant prétend se fonder sur un privilége « de propriétaire pour faire restreindre celui de l'intimé ; « car le vendeur qui livre et se dessaisit sans se faire « payer, suit la foi de l'acheteur, *fidem habet de pretio ;* « tandis que, nanti par la remise du connaissement dont « l'effet rétroagit au jour de la réception de la lettre « qui lui en promettait l'envoi, le commissionnaire est « censé n'avoir fait des avances qu'à la marchandise ; et « que, dans un tel conflit de priviléges, où il faut néces- « sairement que l'une des parties perde, le droit, aussi « bien que l'équité et l'intérêt du commerce, commande « au juge d'appliquer la règle : *Melior est causa possi-* « *dentis.* »

La décision aurait évidemment été la même, si les créanciers du commettant failli eussent contesté le privilége du commissionnaire. Cependant, si l'on s'en tient à la lettre de l'art. 93, il semble que la loi n'entende parler que d'un connaissement, ou d'une lettre de voiture déjà aux mains du commissionnaire qui fait des avances, et d'une expédition déjà réellement partie. Mais cet article, n'étant pas limitatif, laisse au juge le pouvoir de décider les questions imprévues, selon l'intérêt du commerce et les

Digitized by Google

régles de l'équité; et c'est ainsi que l'expédition est réputée partie par l'envoi seul du connaissement ou de la lettre de voiture. En ceci, rien de fictif; car l'expédition des marchandises est réellement commencée du moment que, sorties des magasins de l'expéditeur, elles sont à bord, ou sur la voiture de celui qui s'est chargé du transport.

250. — Mais le connaissement et la lettre de voiture sont-ils les seuls actes capables de constater une tradition virtuelle? L'affirmative n'est pas douteuse s'il s'agit d'effets mis en route à la destination du commissionnaire, soit que le commettant les ait expédiés de son propre domicile, soit qu'il les ait fait expédier d'un autre lieu. Le vœu de la loi est formel à cet égard. Or l'enfeindre lorsque l'on a, comme dans le cas supposé, qui est le plus fréquent de tous, la possibilité de s'y conformer, c'est s'interdire le droit d'en réclamer la protection. Mais lorsque, demeurant à Paris, je charge Jacques de Landerneau de vendre ma marchandise en dépôt à la douane de Brest, il est clair que je ne puis lui remettre ni connaissement, ni lettre de voiture de cette marchandise qui ne voyage pas. C'est mon commissionnaire qui, cette fois, voyagera vers la marchandise, à moins qu'il ne la fasse vendre par un délégué, ce qui revient aù même. Que puis-je donc faire en pareille occurrence? Précisément ce que dit l'art. 93 : c'est de mettre ma marchandise *à la disposition* de Jacques, qui m'a fait une avance de 6,000 fr., c'est-à-dire, lui donner un pouvoir spécial de retirer mes effets de la douane et de les vendre ensuite. Dès lors la douane devient son magasin. A coup sûr, si je faillis et que tout se soit passé sans dol, les créanciers de ma faillite ne pourront contester le privilége de Jacques, lequel est tout aussi

Digitized by Google

bien mon commissionnaire que si je lui eusse envoyé la marchandise de chez moi.

Il en est de même s'il s'agit d'effets en mer, qui ne voyagent pas actuellement à la destination du commissionnaire, ou qui se trouvent dans une contrée au delà des mers. La loi n'a pas prétendu priver un commerçant de la faculté de les consigner, pas plus que de la faculté de les vendre, ni par conséquent plus priver le commissionnaire de son privilége, que l'acheteur de son droit de propriété. Que puis-je donc faire si je vous vends ou vous commets pour vendre ma marchandise qui est à la Martinique? Rien autre chose que de la mettre *à votre disposition*. Or, la tradition qui doit être faite à un commissionnaire étant, sauf la différence du but, précisément la même que celle qui doit être faite à un acheteur, il s'ensuit qu'au cas dont il s'agit, la tradition est parfaite par la remise d'une facture clairement énonciative des effets consignés et du pouvoir de s'en saisir. En pareille occurrence, une simple facture peut être translative de propriété (V. t. 1, n° 160; t. 2, n° 151), *à fortiori* de possession. Telle fut, dans tous les temps, la coutume commerciale, et, vu sa grande importance, nous citerons ce qu'en dit Valin (liv. 2, tit. 10, art. 3) :

« Pourquoi serait-il moins permis à quiconque d'ac-
« cepter d'un négociant, sans fraude, la cession de pareils
« objets (*de marchandises*), sous prétexte qu'ils sont sur
« mer ou aux colonies, que s'ils étaient en France, ou s'il
« s'agissait d'un intérêt dans un achat de sucre, d'indigo,
« ou autres marchandises? Or personne ne doute que ces
« sortes de cessions ne soient licites pour l'avantage et la
« circulation du commerce, et que l'acheteur ou cession-
« naire ne soit à couvert de toute recherche, dès qu'il a
« eu la tradition réelle des effets à lui transportés, ou, si

Digitized by Google

« cette tradition n'est pas praticable, du jour du transport, « qu'il l'ait signifié ou non ; la maxime *simple transport « ne saisit*, établie par l'art. 108 de la coutume de Paris « (comme par l'art. 1690 C. civ.), n'étant pas applicable « à ces sortes de négociations.

« Il en doit donc être de même des effets étant sur mer « ou aux colonies ; et, sous prétexte que la tradition ne « peut s'en faire, non plus que la signification de la ces- « sion, on ne doit pas exiger, pour y suppléer, que le ces- « sionnaire fasse enregistrer la cession au greffe de « l'amirauté..... ou qu'il observe quelque autre « formalité. Il suffit qu'il soit porteur des factures ou des « connaissements des marchandises dont le transport lui « est fait, soit par un ordre à son profit au dos de ces « pièces, soit par un acte séparé par-devant notaires, ou « sous signature privée, d'autant plus tôt que tout est à ses « risques dès l'instant du transport.

« *Tel est l'usage constant du commerce*, fondé sur ce « qu'il importe extrêmement de favoriser la rapidité de « ses opérations, ou plutôt sur la nécessité de les mettre « à couvert d'atteinte, dès qu'elles sont exemptes de « fraude ; sans quoi il tomberait nécessairement, tant au « dedans qu'au dehors du royaume. »

(Suit la notice d'un arrêt remarquable du Parlement de Paris, du 11 mars 1752).....

.....

« Il faut donc en conclure que la négociation ou cession « d'une facture, ou d'un connaissement, saisit dans l'in- « stant celui au profit de qui elle est faite, sans attendre « la tradition effective..... de manière que les « créanciers du cédant ne peuvent l'attaquer qu'en cas « de fraude. »

.....

Digitized by Google

« S'il en était autrement, qu'arriverait-il de là? C'est « que tel négociant dont les fonds (*les marchandises ou « autres valeurs mobilières*) seraient retenus en divers en- « droits éloignés, pour n'avoir pas été vendus à temps, « ou autrement sans saisie, se verrait souvent dans la né- « cessité de manquer, faute de pouvoir se défaire d'une « partie suffisante de ces mêmes fonds, pour faire face à « ses engagements aux échéances. Si quelqu'un répond « à cela : qu'importe? *il n'a pas la moindre idée du com- « merce ni de l'intérêt pressant qu'a l'État de le sou- « tenir.* »

Ce que Valin dit ici de la vente est évidemment applicable à la commission, avec cette différence toutefois que la commission est plus favorable. On ne voit que trop souvent la cupidité aux aguets du malheureux que le besoin presse. Mais le commissionnaire qui, par ses avances, pourvoit aux mêmes nécessités, n'a rien à prétendre au delà de ce qu'il a donné, sauf les intérêts et le droit de commission. Si l'opération doit être heureuse, le profit en reviendra au commerçant qu'un spéculateur avide n'aura pas dépouillé, à vil prix, de sa propriété.

Posons donc en principe qu'au cas d'impossibilité d'envoyer avec connaissement ou lettre de voiture à un commissionnaire la marchandise qu'on lui consigne, il suffit de la mettre *à sa disposition*. Il en est, comme l'acheteur, saisi par la remise d'une simple facture, ou par le simple transfert du connaissement de marchandises actuellement en mer. Mais, ainsi qu'on l'a vu, t. 1, n° 161, on servirait mal les intérêts du commerce, en accordant à la facture de telles prérogatives, sans prévenir l'abus qu'on en pourrait faire *in fraudem creditorum*. Nous avons indiqué, même numéro, par quels moyens il est facile d'obvier à tout soupçon de dol. Il faut surtout qu'il ne puisse s'en

Digitized by Google

élever sur la sincérité de la date de la négociation : *Hic est summa rei.*

251. — Après avoir considéré le privilége du commissionnaire contesté par la faillite du commettant, on doit l'envisager en collision soit avec le privilége du vendeur (art. 576) et d'un commissionnaire acheteur non payé, soit avec le privilége d'un sous-consignataire, auquel le commissionnaire a délégué ses pouvoirs et transmis la marchandise.

252. — Le vendeur a longtemps fait des efforts pour obtenir sur le commissionnaire un droit de préférence. Je n'ai vendu, disait-il, que sous la condition que je serais payé, et la condition résolutoire est toujours sous-entendne dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisfera point à son engagement (art. 1184 C. civ.). Je puis donc demander la résolution de la vente. Or la vente résolue, ma marchandise doit m'être restituée libre de tous priviléges, de toutes affectations quelconques, parce que, *resoluto jure dantis, resolvitur et jus accipientis* (art. 2125 même Code).

Dans un arrêt du 18 juin 1829 (*Jur. de Mars.*, t. 12, part. 2, p. 1), la Cour suprême a ainsi répondu à cette argumentation : Par cela seul que le Code de commerce (art. 576) lui accorde le droit de revendiquer sous les conditions exprimées aux art. 577 et suiv., le vendeur n'a point d'action pour faire résilier la vente. Ce droit et les dispositions auxquelles le législateur en a subordonné l'exercice seraient sans objet, s'il pouvait concourir avec l'action en résolution. D'ailleurs, la maxime *resoluto jure dantis*, etc., n'est vraie que quant aux immeubles. Elle est sans application aux meubles, lesquels n'ont pas de suite (art. 2279 C. civ.), et peuvent être vendus par le simple détenteur

Digitized by Google

au préjudice du propriétaire, qui ne peut les revendiquer aux mains du tiers acheteur. La revendication du vendeur ne saurait donc paralyser le privilége que l'art. 93 du Code commercial accorde au commissionnaire.

La conclusion de ce raisonnement est très-conforme au vœu de la loi ; mais la base en est vicieuse ; loin que la demande en résolution soit incompatible avec la demande en revendication, celle-ci implique nécessairement l'autre. L'art. 576 laisse subsister la vente ; il le fallait bien, puisque l'art. 578 donne aux syndics la faculté d'exiger la livraison des marchandises, « en payant au vendeur le « prix convenu entre lui et le failli, » ce qui est assurément bien exiger l'exécution du contrat. Que fait un vendeur qui forme contre des syndics l'action en revendication? C'est comme s'il leur disait : voulez-vous tenir la vente pour résolue, et je reprends ma marchandise ; ou bien : voulez-vous la prendre et me la payer? Si les syndics répondent qu'ils n'en veulent pas, il est clair que leur réponse emporte consentement à la résolution. Or cette résolution est nécessaire, du moins virtuellement, puisqu'il est de principe que la faillite ne résout pas *de plano* les contrats faits avec le failli. Aussi, remarquons-le bien, la résolution ne vient nullement ici de la loi. La loi ne la prononce point. Elle ne devait pas la prononcer, et elle ne l'aurait pu, sans injustice, qu'en respectant les droits acquis *à die contractûs usque ad diem resolutionis*. La résolution est consensuelle : elle l'est du côté du vendeur, lequel n'a d'autre but que de recouvrer sa chose, mais ne peut la demander qu'il n'offre implicitement aux syndics l'option de la garder contre payement ; elle l'est aussi du côté des syndics qui, consommant l'option et ne voulant pas de la chose, déclarent équivalemment consentir à la résolution. Seulement le vendeur qui aurait eu l'option ou

Digitized by Google

de forcer l'acheteur, si celui-ci n'eût failli, à exécuter le contrat, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts (1184 C. civ.), n'a ni l'un ni l'autre de ces droits contre la faillite. Il ne peut demander que la revendication, c'est-à-dire la résolution de la vente *sans dommages-intérêts*. Mais, dès qu'il la demande et que la faillite ne veut point de la marchandise, un consentement mutuel a résolu la vente. Nous avons dû insister sur ces explications parce que, en certains cas, la doctrine de l'arrêt peut conduire à de fausses conséquences. Par exemple, quand j'ai vendu ma marchandise à Pierre, cautionné par Jacques, et tombé en faillite depuis la vente, je puis en demander la résolution et contre les syndics et contre Jacques, parce que j'ai le droit d'obtenir de celui-ci des dommages et intérêts. Or ces dommages et intérêts, je ne saurais les obtenir qu'en faisant prononcer la résolution. Car si je revendique, et que l'action en revendication exclue l'action en résolution comme le dit l'arrêt, j'élève contre moi une fin de non-recevoir au profit de Jacques, l'action en revendication n'ayant d'autre objet que d'obtenir la marchandise. D'un autre côté, si je ne conclus pas à la résolution, Jacques ne me doit point de dommages-intérêts ; et, si je la demande contre lui seul, il me répondra qu'il est sans qualité pour y consentir ou la contester, par la raison toute simple que je ne lui ai rien vendu.

Il est donc bien évident que la demande en revendication implique la demande en résolution, et que les syndics y consentent virtuellement en n'usant pas du droit de garder la marchandise.

Or, jamais la résolution consensuelle ne porta la moindre atteinte aux droits acquis par des tiers, dans le temps intermédiaire du contrat au jour de sa résolution. Il en est de celle-ci comme de la ratification : *Ubi eadem*

Digitized by Google

ratio, ibi idem jus (V. donc t. 2, nos 135, 136). Voilà le principe sur lequel se fonde la préférence due au commissionnaire.

Par conséquent, lorsque, informé de la faillite de Jacques à qui vous avez vendu et expédié, à crédit, huit pipes d'esprit 3/6, en lui en transmettant le connaissement qu'il a passé à mon ordre, et sur lequel, ayant mandat de vendre, je lui ai avancé 4,000 fr., vous faites saisir la marchandise en route, mon privilége l'emporte évidemment sur le vôtre.

Il en est de même si, chargé de transmettre à Pierre, d'ordre de Jacques, la marchandise que vous avez vendue à celui-ci, sans être payé, et sur laquelle je lui ai donné une anticipation de 3,000 fr., j'en fais l'expédition par mes propres voituriers. On a enseigné le contraire. C'est une erreur justement condamnée par la jurisprudence des Cours impériales et de la Cour de cassation.

Mais, si je livre les esprits aux voituriers de Pierre, je perds la détention et suis simple créancier dans la faillite de Jacques (V. n° 235). Rien ne prouve mieux que mon privilége n'est autre chose que mon droit de rétention ; car le propre du privilége proprement dit, est de donner, même *extrà territorium principis*, un droit de suite sur la chose qui y est affectée : *Hypotheca sequitur rem hypothecatam, tanquàm lepra leprosum* (Casareg., Discours 179, n° 52).

Il ne dépendrait même pas de Pierre de me ressaisir, parce que, une fois volontairement perdue, la détention ne se recouvre pas : *Nescit missa reverti.*

253. — Quant au commissionnaire acheteur en son propre nom, qui a payé de ses propres deniers, puis expédié la marchandise au commettant qui tombe en faillite,

Digitized by Google

il est évident qu'il ne peut se trouver en aucune contestation avec un vendeur totalement payé. Mais *quid juris* si ce vendeur n'a reçu, *v. g.*, que la moitié du prix, et que la marchandise ait été saisie en route à sa requête, et en même temps à la requête du commissionnaire, que la coutume commerciale tient pour subrogé, *in quantum solverit*, aux droits de son vendeur?

Il faut répondre, relativement au vendeur, qu'il n'a rien à voir dans la faillite du commettant, lequel, comme le dit Savary, « ne le connaît pas, n'ayant eu aucune affaire « avec lui ; »

Relativement au commissionnaire, que sa revendication est bien fondée ; d'abord pour la moitié du prix, qu'il a payée ; puis pour l'autre moitié, dont il s'est constitué débiteur envers le vendeur, qui peut, si le terme qu'il a accordé est échu, exercer les droits du commissionnaire dans la saisie pratiquée par ce dernier, en restant exposé aux mêmes exceptions que lui.

Mais *quid juris* encore, si c'est le commissionnaire qui a failli, et que ses créanciers aient fait saisir la marchandise en route, en même temps que le vendeur l'a aussi frappée de saisie?

Il faut répondre, relativement au vendeur, que sa saisie est nulle. Il aurait pu saisir la marchandise pendant que, sortie de ses magasins, elle était encore en route à destination du commissionnaire acheteur. Mais celui-ci les ayant reçues dans ses magasins, puis expédiées à son commettant, c'est un autre voyage pendant lequel il n'existe plus aucun lien entre la marchandise et le vendeur, qui ne peut venir que comme simple créancier dans la faillite du commissionnaire, pour la moitié du prix, que celui-ci n'a pas payée ;

Et en ce qui touche le commettant, c'est comme si le

Digitized by Google

commissionnaire n'eût pas failli. Il peut exiger la marchandise en en payant le prix à la faillite, qui peut aussi le forcer à s'en livrer contre payement.

254. — Il reste à voir l'espèce d'un commissionnaire qui a sous-consigné la marchandise. Si le délégué a fait des avances au déléguant, a-t-il ou non privilége sur les effets sous-consignés?

Il faut distinguer : ou le commissionnaire a sous-consigné en son propre nom, ou il l'a fait *nomine procuratorio.*

255. — Au premier cas, comme le délégué d'un commissionnaire qui lui a transmis ses pouvoirs et la marchandise *suo sub proprio nomine* est, par rapport à ce commissionnaire, ce que celui-ci est lui-même par rapport à son propre commettant, la coutume commerciale a, de tout temps, reconnu son privilége et la préférence de ce privilége sur celui du déléguant.

Il est vrai qu'en principe le propriétaire devrait seul pouvoir affecter sa chose, et en conserver la libre disposition si, sans son ordre, on l'a affectée au payement d'une dette qui lui est étrangère. D'ailleurs il peut arriver que le déléguant qui l'a sous-consignée en son propre nom, eût ordre de n'agir qu'au nom de son commettant. Mais comment exiger que le sous-consignataire demande à celui qui lui consigne de la marchandise, s'il est bien vrai que cette marchandise lui appartient, et s'il ne devait pas agir dans le nom d'un autre au lieu d'agir au sien? Par cela seul que la chose est en la possession du consignant, on a un juste sujet de croire ou qu'il en est propriétaire, ou que le propriétaire lui a donné le pouvoir d'en disposer. Or le droit de rétention naît d'une détention qui a une juste cause. La loi le reconnaît elle-

Digitized by Google

même en déclarant que tout commissionnare a privilége s'il fait des avances pour le compte *d'un commettant*, sans distinguer si la marchandise consignée est ou n'est pas celle du commettant. On a pensé que c'est moins à la personne qu'à la chose que les avances sont faites : *Magis merci quàm mercatori credidit*, disent les auteurs. Si d'un côté la rigueur du droit veut qu'on ne puisse directement ni indirectement aliéner ou affecter la chose sans le consentement du maître, celui-ci est en tort d'avoir mal placé sa confiance : *sibi imputare debet quòd talem virum elegerit*. La bonne foi des tiers et la circulation du commerce ont fait fléchir le principe sous la raison d'équité : *Trà mercanti per equità e bene del publico commercio, s'ammettono alcune cose benchè repugnanti alle leggi e regole di ragion commune* (Casareg., *el camb. inst.*, cap. 3, n° 38).

Si donc je reçois une avance de 10,000 fr. de mon commissionnaire, lequel en obtient aussi une de son délégué sur ma marchandise qu'il lui consigne *nullo expresso mandato*, et qui, valant alors 20,000 fr., n'en vaut plus que 10,000 le jour où je manque, le délégué seul sera payé, sauf au déléguant à se porter simple créancier dans ma faillite. Mais si la marchandise produit 20,000 fr., les deux commissionnaires se rembourseront en entier par droit de rétention, et par préférence à mes autres créanciers : le délégué, puisqu'il détient ; le déléguant dont le mandat n'est pas fini, parce que, à l'égard de tous autres, il détient aussi par son délégué (V. n° 235).

256. — Mais cette déviation du principe que nul ne peut disposer de ce qui ne lui appartient pas, n'étant fondée que sur l'ignorance et la bonne foi de celui qui s'est mis à découvert, la décision est tout autre lorsque le

Digitized by Google

déléguant consigne *nomine procuratorio.* Dans ce cas, le délégué sait bien qu'il n'agit qu'en sous-ordre. Le propriétaire lui est connu. Par conséquent lorsque, commis à la vente des cafés de Jacques, qui ne me doit rien, je les consigne, comme son procurateur, à Salomon qui me fait une avance de 10,000 fr., Salomon n'est point en droit de retenir la marchandise au cas de la faillite de Jacques. Il ne le peut même pas, eussé-je agi en mon propre nom, si je lui ai dit que la chose était celle de Jacques, ou même simplement qu'elle n'était pas ma propriété, sans lui en nommer le propriétaire; car il n'a pu raisonnablement compter qu'il aurait le droit de se payer de ma dette envers lui sur une chose qui, à sa connaissance, n'était pas la mienne.

Mais quand Pierre reçoit de Salomon, son délégué, une anticipation de 10,000 fr. sur les marchandises de Jacques, premier commettant, qui faillit, et auquel Pierre a aussi fait une avance de pareille somme, Salomon peut-il retenir les marchandises pour avoir payement de l'avance qu'il a faite à Pierre?

Par exemple, si Salomon dit aux créanciers de Jacques: il est vrai que je n'ai pas directement le droit de retenir les marchandises, parce que le mandat qu'avait Pierre de vendre *nomine procuratorio,* n'emportait pas le pouvoir de prendre des anticipations ; j'ai donc commis une imprudence en lui avançant 10,000 fr., et Jacques ne me doit personnellement rien ; mais il doit sur la marchandise 10,000 fr. à Pierre, mon déléguant, qui me doit une somme égale. Or Pierre détient par moi la marchandise de Jacques ; et, chacun étant libre d'exercer les droits de son débiteur, je puis, comme subrogé aux droits de Pierre, retenir la marchandise pour être payé des 10,000 fr. qu'il me doit ; *quid juris?*

Digitized by Google

Il faut répondre que cela est très-vrai, aussi longtemps que Pierre est *integri statûs*, parce que, en effet, la faillite de Jacques ne paye rien au delà des 10,000 fr. pour lesquels Pierre a le droit de rétention, et qu'il n'importe aucunement aux créanciers de cette faillite de payer Salomon en place de Pierre.

Mais, si Pierre est aussi en faillite, tout change, non par rapport à la masse de Jacques, qui n'en doit pas moins 10,000 fr. et rien de plus, mais par rapport aux créanciers de Pierre auxquels ces 10,000 fr. sont dus, et qui diront : il n'y a pas eu de subrogation de plein droit, puisque Salomon n'était tenu ni avec Jacques, ni pour Jacques, de faire à Pierre une avance de 10,000 fr. Il n'en existe pas non plus de conventionnelle. Donc point de subrogation. Salomon détient, il est vrai ; mais ce n'est pas pour lui seul. Il détient pour tous les créanciers de Pierre. Il ne peut dire non plus avoir prêté à la marchandise, car il savait fort bien qu'elle n'était pas celle du déléguant à qui seul il a prêté. Salomon ne peut donc la retenir pour l'avance qu'il a faite à Pierre, et à raison de laquelle il viendra simple créancier dans la faillite de celui-ci. Mais il la retiendrait pour une avance qu'il aurait faite directement à Jacques. Il la retiendra encore pour ses frais et débours, et cela par préférence aux créanciers de Pierre. Il est vrai que tous les deux peuvent dire avoir *fait confiance* à la chose et non à la personne, *se magis merci quàm mercatori credidisse.* Mais Salomon détient relativement à tous, sans en excepter Pierre, et Pierre ne détient par Salomon son délégué que relativement à tous autres que Salomon. C'est donc le cas de la règle : *In pari causâ, potior est causa possidentis.*

257. — Quant au voiturier, on peut dire qu'il cumule

Digitized by Google

le privilége proprement dit, avec le droit de rétention :

Le privilége, parce que, n'étant ni dans les usages ni dans les convenances, hors certains cas extraordinaires, que le voiturier exige toujours le prix de la voiture avant de délivrer les effets, la coutume commerciale lui reconnaît un droit de suite et de préférence après qu'il s'est dessaisi, pourvu qu'il ait agi dans un court délai, dont la durée utile est à l'appréciation du juge (V. M. Troplong, *Hypoth.*, t. 1, n° 207) ;

Le droit de rétention, parce que, *stricto jure*, on ne peut le forcer à faire une délivrance définitive qu'après l'avoir payé.

258. — Concluons donc comme nous avons commencé : *Nullus est casus, nulla dispositio, quæ retentionis exclusionem percutiat.*

259. — Mais ce droit de rétention, et c'est ici notre seconde généralité, jusqu'où s'étend-il, c'est-à-dire, quelles choses affecte-t-il, et de quelles créances est-il la sûreté ?

260. — D'abord le droit de rétention est indivisible tant par rapport aux marchandises retenues, que par rapport à la dette pour laquelle on la retient : *Sapit enim naturam indivisam pignoris jus retinendi.* Si donc j'ai en ma possession vos quinze tonneaux de vin sur lesquels je vous ai fait une avance de 2,000 fr. , on ne sera pas reçu à dire que huit tonneaux suffisent, et au delà, pour assurer le payement de ma créance, ni, par conséquent, à demander que je me dessaisisse des sept autres tonneaux, pas plus qu'à me proposer une somme de 1,900 fr. pour obtenir un dessaisissement proportionnel des vins. J'ai le droit de tout retenir, jusqu'à ce que je sois payé du

Digitized by Google

dernier centime : *Donec ad unum nummum solvatur, si velit, retinebit.* Cela peut paraître rigoureux ; mais le principe est nécessaire au bien-être du commerce, parce que rien ne lui importe plus que d'assurer l'indemnité des commissionnaires. Leur privilége affecte donc la marchandise : *Totam in totâ et totam in quâlibet parte.*

En second lieu (V. n° 235), le privilége du commissionnaire s'étend au prix de la marchandise vendue, et par marchandise nous entendons ici toutes sortes de valeurs commerciales. Il en est de même d'une marchandise remplaçant une autre marchandise. Lors donc qu'ayant un mandat *cum liberâ*, j'échange vos cafés contre des indigos, j'ai le droit de retenir les indigos, comme j'aurais eu le droit de retenir les cafés. Sous ce rapport, la condition du commettant est moins favorable que celle du commissionnaire, puisqu'on a vu, n° 213, qu'il ne peut revendiquer des cafés achetés de son argent, quand l'ordre était de lui acheter des sucres.

En troisième lieu, il a été justement décidé par l'arrêt susmentionné de la Cour de cassation que, subordonnée à l'existence matérielle de la marchandise, la revendication du vendeur ne s'étend pas au produit des assurances prises pour le compte du failli, lesquelles appartiennent à sa faillite. « En effet, dit la Cour, la revendication est un pri-« vilége qui doit être exactement restreint dans les limites « déterminées par la loi ; d'ailleurs, le revendiquant, tout « à fait étranger au contrat d'assurance qui n'existe que « par une circonstance fortuite et indépendante de sa vo-« lonté, ne peut réclamer en son nom personnel les droits « qui en dérivent. »

Il n'en est pas ainsi du commissionnaire qui a fait des avances sur une marchandise aux assurances de laquelle il a pourvu. D'abord on ne saurait le dire étranger à un

Digitized by Google

contrat qu'il a souscrit lui-même, et où il a engagé sa responsabilité personnelle. En outre il détient la police, et l'action lui compète pour en recouvrer le produit. La police entre ses mains lui représente le prix de la marchandise à laquelle l'assurance se réfère. Il est donc dans une parité exacte avec le commissionnaire vendeur qui a touché le prix ou est en droit de le toucher.

261. — Maintenant de quelles créances le privilége du commissionnaire assure-t-il le payement par la rétention de la marchandise elle-même, ou sur le prix de la marchandise?

« Tout commissionnaire qui a fait des avances sur des « marchandises.... a privilége, pour le remboursement de « ses avances, intérêts et frais, sur la valeur des marchan- « dises... » (art. 93 C. comm.). Tels sont les termes de la loi; d'un autre côté, quel a été son but? « Un commis- « sionnaire qui reçoit des marchandises, disait l'orateur du « gouvernement, pourra désormais avec sécurité faire des « avances sur ces marchandises, s'il les a dans ses maga- « sins, ou s'il en a les lettres de voiture ou les connaissements. « La loi lui garantit un privilége équitable, et favorise par « ce moyen le cultivateur, le négociant et le consommateur. » (V. t. 2, nos 30, 31.) Ce rapprochement suffit pour faire comprendre le sens et la valeur de ces termes *avances, intérêts et frais*. Ces expressions ne se limitent pas aux *dépenses* relatives à la marchandise; elles embrassent les sommes avancées ou les anticipations faites sur la foi ou la valeur de la consignation, et toutes valeurs qui, sorties des mains du commissionnaire, profitent au commenttant. Cette acception est désormais fixée par la jurisprudence de la Cour de la cassation.

Bertout, fabricant à Saens, consigne des colles fortes aux

Digitized by Google

sieurs Chevalier et Lasnel à Rouen, avec ordre d'en opérer la vente. Ceux-ci, de leur côté, avaient adressé à Bertout des marchandises, endossé et payé pour lui divers effets de commerce. Bertout faillit; son compte courant établi, reliquat de plus 10,000 fr. en faveur des négociants de Rouen. Ils réclament préférence sur le produit des colles dont ils sont détenteurs. La Cour de Rouen distingue entre les avances relatives à la consignation des colles, et les avances concernant des opérations de banque ou de commerce, et ne déclare privilégiées que les premières, par le motif « que tout privilége est exceptionnel, « et doit être entendu dans un sens restrictif. » Mais, sur un pourvoi, la Cour de cassation casse l'arrêt pour violation de l'art. 93 du Code de commerce, l'expression générique *avances* comprenant toutes sommes, toutes valeurs remises au commettant, et la loi n'exigeant comme condition du privilége que le nantissement de la chose (*Jurisp. de Mars.*, t. 2, 100; arrêt du 23 juin 1830. V. aussi Sir., 18, 1, 46; Locré, art. 93). La jurisprudence de la Cour de cassation consacre donc ces trois points : 1° que le droit conféré par l'art. 93 n'est pas un privilége, mais un droit de rétention; 2° que cette rétention est extensive; 3° qu'elle est opposable aux créanciers du failli.

262. — Néanmoins on a contesté que le salaire ou le droit de commission fût privilégié. L'art. 93, il est vrai, n'en parle pas nommément; il le comprend sous le mot générique *frais*. Le salaire du commissionnaire, le magasinage, le fret, la voiture, sont des *frais* de la marchandise, et en augmentent d'autant la valeur vénale. Voilà pourquoi l'art. 576 du Code de commerce oblige le revendiquant à rembourser à la masse du failli toutes

Digitized by Google

avances faites pour fret ou voiture, *commission,* assurance ou *autres frais.* Que l'on n'objecte pas que, tout privilége dérivant de la loi, nulle part il n'est question de celui du salaire ; car, comme on l'a dit, la marchandise est aux mains du commissionnaire *quasi quoddam pignus*, en vertu du droit de rétention, lequel est favorable ; et, s'il peut la retenir pour ses avances et frais, il n'est pas de motif pour qu'il en soit autrement de son salaire ou de sa commission (V. M. Pardessus, n° 1203). Telle est la disposition de l'art. 169 du Code espagnol. Il comprend expressément *le droit de commission* (V. n° 225 *in notis*).

263. — Terminons par quelques mots sur la gestion d'affaires et les engagements pour autrui.

Il faut observer d'abord que jamais le *negotiorum gestor*, proprement dit, ne peut avoir fait sur la chose gérée ce qu'on appelle proprement des avances ou anticipations de fonds. La raison en est toute simple : c'est que dès l'instant où le maître aurait reçu de pareilles anticipations ou avances, le gérant serait transformé en commissionnaire, étant de l'essence du quasi - contrat *negotiorum gestorum* commercial que l'affaire soit gérée à l'insu du propriétaire (V. t. 2, n° 95). Un *negotiorum gestor* ne peut donc avoir à réclamer dans la faillite du maître que des frais ou des déboursés faits pour la chose, c'est-à-dire ses impenses.

En second lieu, dès qu'il établit (car c'est à lui que la preuve incombe) avoir utilement géré, il se trouve, dans la juste mesure de cette utilité, sur la même ligne que le commissionnaire, avec cette différence toutefois, laquelle est considérable, que celui-ci n'est pas astreint à une telle preuve. Le *negotiorum gestor* a donc aussi le droit de retenir la chose gérée, pour sûreté, ou jusqu'à parfait

Digitized by Google

payement de tout ce que lui a coûté sa gestion utile, avec son droit de commission, de plus, selon l'usage du lieu où il a géré. Quand peut-on dire qu'une gestion a été utile ou ne l'a pas été ? C'est presque toujours une question de fait abandonnée à la conviction du juge. Nous disons presque toujours, car il peut se faire qu'une question de droit se mêle à la question de fait, *v. g.*, si les créanciers du maître prétendent, contre le maintien du gérant, que celui-ci a payé un billet à ordre prescrit, ou que le maître pouvait compenser avec une dette du porteur envers lui. En général, dans la gestion d'affaires, la bonne volonté et la bonne foi ne suppléent pas à l'utilité (V. t. 2, n° 105).

En troisième lieu, il faut cependant distinguer entre le *negotiorum gestor* qui s'est porté tel tout à fait spontanément, et celui qui ne l'est devenu que parce qu'un cas fortuit ou un cas insolite l'a empêché d'exécuter son mandat conformément à ce qui lui était prescrit ; *v. g.*, lorsque, arrivé à la Martinique et ne pouvant y vendre votre pacotille qu'à moitié perte, je l'ai envoyée à la Guadeloupe, où elle a perdu 55 p. 100. Un *negotiorum gestor* de cette espèce a le droit de rétention sur le produit de la vente, *etsi negotium non habuit effectum*, à moins qu'il n'ait commis quelque faute ou négligence qu'on puisse assimiler au dol (V. t. 2, n° 83).

264. — Pour ce qui est du *negotiorum susceptor*, rien de plus simple. S'il n'a pas reçu d'approbation, l'affaire reste à son compte, et, lorsqu'on l'approuve, il devient rétroactivement un commissionnaire (V. t. 2, n° 133). Il a donc aussi le droit de rétention sur la chose qui a été l'objet de la stipulation qu'il a faite et de l'engagement qu'il a pris pour autrui. Mais la ratification n'opère jamais contre vous des droits acquis antérieurement à des

Digitized by Google

tiers (V. t. 2, nos 135, 136). Si donc elle a été donnée dans les dix jours qui ont précédé la faillite de celui pour qui l'affaire a été faite, les créanciers du failli ne sont nullement liés. Au cas contraire, le droit de rétention appartient évidemment au *negotiorum susceptor*.

On a vu (t. 2, n° 45), qu'un gérant peut aussi devenir *negotiorum susceptor*, et comment il le devient. D'un autre côté, nous avions annoncé la preuve que la condition d'un *negotiorum gestor* est, dans la faillite du maître, beaucoup moins favorable que celle d'un mandataire. Cette preuve, on vient de la voir; c'était ici son lieu. C'est donc à bon droit que nous avons dit, même numéro, qu'on ne doit pas croire avec M. Toullier « qu'il est très-« indifférent que l'exécution des engagements qui résul-« tent des affaires d'autrui soit poursuivie par l'action « dite *negotiorum gestorum*, ou par l'action du mandat.» La différence est si grande qu'elle peut être du tout au tout.

Digitized by Google

CHAPITRE SEPTIÈME.

Des diverses manières dont finit le contrat de commission; du compte à rendre par le commissionnaire; du compte courant.

SOMMAIRE.

265. Division des matières de ce chapitre.

265. — On a vu (t. 2, nos 56 et suiv.) combien il importe de connaître le moment précis où le contrat de commission se forme. La ruine du commettant ou du commissionnaire peut quelquefois en dépendre. Faire voir maintenant, ce qui n'importe pas moins, comment et quand il cesse d'exister, et quels en sont les résultats selon le point où l'affaire se trouve au moment où le mandat prend fin, expliquer comment, par qui et à qui le compte en doit être rendu, enfin exposer la nature et

Digitized by Google

les effets d'une espèce particulière de compte, le compte courant, qui, sans appartenir exclusivement à la comptabilité commerciale, y est cependant d'un usage en quelque sorte exclusif, tels sont les trois objets du présent chapitre, qui se divise naturellement en autant de paragraphes.

Digitized by Google

§ I.

DES DIVERSES MANIÈRES DONT FINIT LE CONTRAT DE COMMISSION, ET DES DIFFÉRENTS EFFETS DE LA CESSATION DU MANDAT.

SOMMAIRE.

266. La seule volonté réciproque parfait et peut seule parfaire un contrat consensuel ; la seule volonté contraire également réciproque le dissout et peut seule le dissoudre ; une seule des volontés ne suffit pas.

267. Deux contrats consensuels, le mandat et la société, échappent à la règle commune qu'une seule des volontés ne dissout point la convention ; énumération des différentes manières dont la commission prend fin.

1° *De la fin du mandat de commission par la volonté.*

268. Le commettant peut révoquer son mandat, et le commissionnaire y renoncer ; nécessité de distinguer la révocation et la renonciation.

269. Le mandat est, en général, révocable de sa nature et en tout état de choses ; mais il n'est pas indifférent de le révoquer avant ou après son exécution commencée ; au premier cas, le mandat s'anéantit, *finitur et mandatum et actio* ; au deuxième cas, il se dissout, mais en laissant subsister les obligations qui en sont nées ; *durat actio.*

Digitized by Google

270. Lorsque le commissionnaire commence ou achève l'exécution d'un mandat dont il ignore la révocation, ce qu'il fait est valable, *benignâ juris ratione;* sachant sa révocation, il ne peut obliger le commettant envers lui, mais il peut obliger celui-ci envers les tiers de bonne foi; disposition du Code portugais; art. 2005 du Code civil.

271. La révocation peut être expresse ou tacite; l'effet en est le même; la révocation tacite s'induit d'un fait dont le mandant est auteur; exemples divers et observations.

272. Le juge décide si et quand le commissionnaire l'a connue, quel fait l'opère, et si le tiers ne l'a pas ignorée.

273. La connaissance de la révocation importe relativement au tiers, en quelque nom que le commissionnaire ait traité avec lui; exemples; *quid* si le tiers a contracté dans l'ignorance de la révocation?

274. Au cas d'une délégation de pouvoirs, si le commissionnaire l'a faite *nomine procuratorio*, et que le délégué ait connu la révocation expresse ou tacite du déléguant, c'est en général comme s'il avait connu directement sa propre révocation; mais *quid*, si, malgré sa révocation, le délégué n'en contracte pas moins? Examen de la question relativement au tiers et relativement au commissionnaire.

275. Lorsque le commissionnaire a fait la délégation *suo sub proprio nomine*, et que le délégué a aussi traité en son propre nom, le tiers de bonne foi n'a d'action que contre le délégué; réciproquement aucun des deux commettants ne peut empêcher le tiers de prendre livraison; le premier commettant, propriétaire de la marchandise, a seulement une action en dommages-intérêts contre son commissionnaire, lequel en a lui-même une contre son délégué; mais si le tiers connaissait la révocation, il ne peut exiger de personne l'exécution du contrat; il est même passible avec le délégué de dommages-intérêts.

276. Remarques importantes sur le cas où, après sa révocation à lui connue, le commissionnaire ou son délégué a traité, en quelque nom que ce soit.

277. Si le délégué a été désigné par le premier commettant,

Digitized by Google

doit-il se tenir pour révoqué, dès qu'il connaît la révocation du déléguant? Raison de douter, et solution.

278. Les choses n'étant plus entières quand le commissionnaire apprend la révocation du mandat, il peut et il doit faire ce qui est une suite nécessaire de ce qu'il a commencé.

279. Le mandataire peut renoncer au mandat; mais la liberté du commissionnaire d'y renoncer n'est pas aussi étendue que celle qu'a le commettant de le révoquer; quand il peut le faire impunément.

2° *De la fin du mandat par la mort de l'un ou de l'autre des contractants.*

280. Le mandat finit par la mort soit du commettant, soit du commissionnaire; pourquoi; mais les obligations qui en sont nées survivent aux contractants et passent à leurs héritiers.

281. Si c'est le commettant qui meurt *adhùc integro mandato*, le commissionnaire n'a plus de mandat, et, en général, il ne peut plus rien faire qui oblige l'héritier du commettant; quand l'exécution du mandat est commencée, il doit s'arrêter, sauf les cas d'urgence; si, ne sachant pas la mort, il l'exécute, c'est comme si le mandat durait encore.

282. Est-ce le commissionnaire qui décède *rebus integris*, son héritier en doit aviser le commettant et ne rien entreprendre, et, l'exécution étant commencée, la laisser au point où elle se trouve, sauf le cas d'urgence; tout ce qui a été fait avant le décès du commissionnaire est valable.

283. Quand le commissionnaire, après la mort du commettant, ou l'héritier du commissionnaire, après la mort de celui-ci, sont dans l'obligation de pourvoir aux cas d'urgence, le mandat ne continue pas; c'est une gestion d'affaire qui commence.

284. La mort civile est assimilée à la mort naturelle et met fin au mandat.

285. Lorsque le commissionnaire a délégué ses pouvoirs *no-*

Digitized by Google

mine procuratorio, la mort du premier commettant comme celle du délégué finit la délégation ; il y a pourtant une différence entre la cessation par mort et la cessation par révocation ; quelle est cette différence.

286. *Quid*, lorsqu'un *negotiorum gestor* a donné mandat de gérer la chose d'autrui, et que le mandataire a délégué ses pouvoirs *nomine procuratorio* avec autorisation? Examen de cette hypothèse ; une différence entre la commission et la gestion d'affaires ; du cas où le *negotiorum gestor* a donné le mandat en son propre nom, et de celui où il vient à faillir.

287. Le *negotiorum susceptor* qui, par lui-même ou par un mandataire, a fait quelque marché en vue d'une personne qu'il a nommée et dont il ne reçoit pas l'approbation, n'est ni un mandataire, ni un gérant ; il ne peut jamais s'agir de révoquer un mandat, puisqu'il n'en a pas, ou de faire cesser une gestion qui n'est pas celle de la chose d'autrui ; il est seul engagé envers le tiers qui contracte avec lui ; mais s'il peut être forcé d'exécuter le contrat, il ne peut à son tour en exiger l'exécution : le mandataire d'un *negotiorum susceptor* qui a traité en son propre nom est seul, par rapport au tiers, créancier ou débiteur de l'exécution du contrat ; mais en quelque nom qu'il ait traité, pleine indemnité lui est due par le *negotiorum susceptor ;* ce dernier a-t-il été approuvé, la ratification lui tient lieu de mandat ; toutefois, le ratifiant venant à tomber en faillite, on examine si la ratification a été donnée en temps opportun.

288. Le mandat donné à une société se dissout avec la société ; il ne passe pas au liquidateur ; néanmoins celui-ci doit pourvoir aux cas d'urgence.

3° *De la fin du mandat par l'interdiction ou par certains changements d'état.*

289. L'interdit est réduit à l'incapacité de contracter, de faire des actes de commerce ; il en est de même de celui à qui on a donné un conseil judiciaire, et d'une femme qui se

Digitized by Google

marie ; mais si le mandat finit, *durat obligatio;* application à ce cas des règles précédemment expliquées.

4° De la fin du mandat par la faillite ou déconfiture.

290. La faillite opère le dessaisissement du failli, et produit un changement qui altère la confiance.

5° De la fin du mandat par le cas fortuit ou par le cas insolite.

291. Le mandat ne peut subsister, lorsque le cas fortuit a détruit la chose commise, ou mis le commissionnaire dans l'impuissance absolue de remplir sa commission.

292. Le cas insolite ne dissout pas toujours le mandat, mais il peut le dissoudre.

6° De la fin du mandat par l'accomplissement de l'affaire commise.

293. Cet accomplissement est la fin que se proposaient les parties ; la chose faite, le mandat finit ; dès lors il ne reste plus qu'à en rendre compte.

266. — La seule volonté réciproque, *idem velle*, parfait un contrat consensuel, et peut seule le parfaire ; une seule des volontés ne suffirait évidemment pas ; la seule volonté contraire également réciproque, *idem nolle* (1), le dissout et peut seule le dissoudre ; une seule des volontés ne suffirait pas davantage. Non-seulement la volonté mu-

(1) Pactum à pactione dicitur ; indè etiàm *pacis* nomen appellatum est.

Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus. (L. 1. D., *De pact.*).

Dans Salluste, Catilina dit aux conjurés : idem velle atque nolle, ea demùm firma *amicitia* est (en ce sens *pax* et *amicitia* sont synonymes).

Voilà deux définitions du concours des volontés. En attendant mieux, chacun pourra choisir.

Digitized by Google

tuelle le dissout, elle l'anéantit même, *nihil superest*, si les choses sont entières. Mais, son exécution commencée, l'anéantissement n'en est point absolu. Tout dissous qu'il est, il se survit dans ses résultats consommés. Car, si l'homme a quelque faible pouvoir sur certains faits contingents, il n'en a aucun sur des faits accomplis. Lors donc que le contrat a été exécuté en tout ou en partie, rien ne saurait faire qu'il ne l'ait pas été. Une seule des volontés ne peut pas, mais leur accord peut, il est vrai, par une convention nouvelle, en modifier les effets indestructibles en soi; bien plus, les tenir pour non avenus; jamais les abolir. Nulle puissance n'est capable de les rendre au néant.

267. — Sans pouvoir se soustraire à l'empire des faits accomplis, deux contrats consensuels échappent pourtant à la règle commune d'après laquelle une seule des volontés ne dissout point la convention (1) : ce sont le mandat et la société. Par exemple, une vente qui n'est encore suivie d'aucun fait d'exécution, ne se dissoudra pas, pour cela, au seul gré du vendeur ou de l'acheteur; nul d'eux n'a le droit d'en discéder impunément. Au contraire, dans l'espèce d'un mandat dont l'exécution n'est pas commencée, en général le mandant peut impunément y mettre fin sans le concours de la volonté du mandataire, et réciproquement; et, comme il n'est pas moins de la nature de la commission de s'éteindre par la mort de l'un d'eux indifféremment, sans passer à leurs héritiers respectifs, ce contrat finit :

(1) Sicut initio libera potestas est unicuique habendi vel non habendi contractûs, ità renunciare semel constitutæ obligationi, adversario non consentiente, nemo potest (L. 5, C., *De obl. et act.*).

Digitized by Google

1° Par la volonté ; 2° par la mort de l'une des parties. Il finit aussi 3° par l'interdiction de l'une d'elles, ou par un changement d'état produisant, quant à la capacité, des effets similaires à ceux de l'interdiction ; 4° par la faillite ou déconfiture soit du commettant, soit du commissionnaire ; 5° par le cas fortuit ou le cas insolite qui empêche l'exécution du mandat selon sa forme ; 6° par l'accomplissement de l'affaire commise.

1° De la fin du mandat de commission par la volonté.

268. — Le commettant peut révoquer son mandat, le commissionnaire y renoncer. Mais ce changement de volonté, qui fait cesser le mandat, n'en produit pas moins des effets différents selon qu'il est manifesté par le commettant ou par le commissionnaire. Il faut donc distinguer la révocation et la renonciation.

269. — Qu'en général le mandat soit révocable, c'est ce qui résulte de la nature même du contrat. Obligatoire de part et d'autre, il ne l'est pourtant au profit du commissionnaire qu'en ce sens qu'il peut le devenir, *potentiâ sed non actu*, selon la juste expression du président Favre ; c'est-à-dire lorsque l'exécution en sera commencée ou achevée. Jusque-là l'obligation du commettant n'est qu'éventuelle : tant que l'exécution n'est pas terminée, l'obligation du commissionnaire reste toujours seule principale. Or, puisque le contrat ne s'est principalement formé et que le mandat n'est géré que dans l'intérêt du commettant, libre à celui-ci de le dissoudre *totiès quotiès*. Par conséquent, plus de volonté, plus de mandat : *Extinctum est mandatum finitâ voluntate* (L. 12, § 16, D., *Mand.*).

Digitized by Google

Mais, bien que le mandat soit révocable en tout état de choses, il n'est pas indifférent de le révoquer avant ou après son exécution commencée : *Re adhùc integrâ*, ou *postquàm res integra esse desiit;* et, pour que les choses ne soient plus entières, nul besoin que l'objet du mandat soit accompli, ni même que la réalisation en soit commencée; il suffit que le commissionnaire ait fait des agissements ou quelques dépenses, dans le but de parvenir à cette réalisation.

Au premier cas, *rebus integris*, le mandat s'anéantit. Plus d'obligation principale, plus d'obligation incidente ou éventuelle. Il n'en peut subsister ni naître d'aucune espèce : *Finitur et mandatum et actio.* C'est comme si le mandat n'eût jamais existé : *Mandatum enim revocatum* (*mandato integro*) *nihil est* (Cod. Fab., tit. 24, def. 37). Tout ce que ferait le commissionnaire, il le ferait à ses risques et périls. Si le mandat révoqué avait pour objet une chose mise par le commettant à la disposition du commissionnaire, et que celui-ci l'ait gérée nonobstant la révocation, il en répond comme un *negotiorum gestor* qui a géré contre la défense du maître (V. t. 2, n° 99). S'agissait-il d'une chose que le commettant avait en vue, mais qui n'était point encore la sienne, la condition du commissionnaire qui a exécuté le mandat révoqué est celle d'un *negotiorum susceptor* que le commettant peut, *pro lubito*, approuver ou désapprouver (V. *ibid.*, n°s 121, 122).

Au second cas, *rebus non integris*, le mandat se dissout, mais en laissant subsister les obligations qui en sont nées, tant au profit du commettant qu'au profit du commissionnaire : *durat actio.* En effet, l'exécution du mandat étant tout au moins commencée lorsque sa révocation est survenue, le commissionnaire était créancier

Digitized by Google

du commettant, peut-être aussi son débiteur, peut-être même les deux à la fois. Or, il ne peut dépendre de la personne qui a donné un mandat d'éteindre, par son propre fait, les droits qui en sont nés contre elle au profit de celui qui s'en est chargé. D'un autre côté, il ne serait pas plus juste que la révocation d'un commissionnaire emportât décharge de ses obligations déjà nées. Il faudra donc en venir à compte. Mais la partie du mandat qui a reçu exécution a-t-elle été bien exécutée? Quel salaire proportionnel est acquis au commissionnaire, qu'il fût *du croire* ou non, et sur quel taux? En un mot, au point où en était l'affaire, avait-elle été administrée conformément aux stipulations de part et d'autre? Comment en juger si ce n'est par le mandat? Il est dissous pour l'avenir, car une chose à faire peut seule être l'objet d'un mandat : *Nisi in futurum nullum est mandatum;* mais il n'est pas réduit au néant; il règle le passé; *durat obligatio*, *durat actio,* ne signifient pas autre chose. Il est donc dû au commissionnaire remboursement de ses frais, indemnité de ses engagements et un droit de commission, réglé par l'usage ou par le juge, s'il ne l'était par la convention. L'article 819 du Code portugais a prévu les deux cas : « Le « mandant, porte cet article, peut révoquer le mandat et « annuler la procuration, l'ordre ou le pouvoir donné, « *l'affaire se trouvant entière;* ou en indemnisant le com- « missionnaire, selon la loi, des dépenses qu'il a faites et « du préjudice qu'il souffre » : *O mandante pode revogar o mandato quando bem quizer, e cassar a procuraçâo, ordem ou poder dado, achando-se o negocio inteiro, ou indemnizando o commissario das despezas incursas, e prejuizos emergentes, na forma legislada.*

270. — Mais *quid juris* si le commissionnaire com-

Digitized by Google

mence ou achève l'exécution d'un mandat dont il ignore la révocation ?

Il est clair que le mandat n'existe plus *summo jure*, puisque le mandant ne persévère pas dans une volonté dont le commissionnaire n'est que l'exécuteur. Néanmoins tout ce qu'il a fait dans l'ignorance de cette révocation est valable, *benignâ juris ratione*. On ne peut lui imputer cette ignorance involontaire, et ce n'est pas à lui de la prouver ; elle est présumée jusqu'à preuve contraire : *Facti alieni ignorantia præsumitur, nec nocet ignoranti.*

Révoqué et sachant sa révocation, le commissionnaire ne peut plus obliger le commettant envers lui ; mais il l'oblige valablement envers les tiers qui n'en sont pas instruits, s'il contracte ou reçoit en vertu de sa procuration, sauf le recours du commettant vers son mandataire : *A revogação unicamente intimada ao commissario não pode ser opposta a terceiros, que tractarão sem della saber, salvo o direito do committente contra o mandatario* (art. 820 C. port.).

L'art. 2005 de notre Code civil portant que « la révo- « cation notifiée au seul mandataire ne peut être opposée « aux tiers qui ont traité dans l'ignorance de cette révoca- « tion..... » ne signifie pas, même à l'égard d'un mandataire civil et du tiers qui traite avec lui, qu'il n'y a de révocation efficace que celle qui est notifiée. M. Duranton a soin de le faire remarquer (t. 18, n° 275.) Il suffit, en effet, qu'ils en aient eu connaissance d'une manière quelconque, *ce qui*, ajoute l'auteur, *serait à juger en point de fait d'après les circonstances de la cause.* Il peut même arriver que le tiers connaisse une révocation inconnue au mandataire, et il n'en faut pas davantage pour vicier le contrat.

Digitized by Google

271. — Expresse ou tacite, la révocation produit donc le même effet: *Tacita seu expressa idem operatur.* On peut expressément révoquer un mandat tacite, et tacitement un mandat exprès.

Mais la révocation tacite ne pouvant jamais être qu'une présomption tirée d'un fait dont le mandant est auteur, quand peut-on dire qu'une telle révocation existe?

La solution dépend des circonstances. Les auteurs apportent en exemple l'espèce de la loi 31 § fin., D., *De procur.*, dans laquelle Ulpien dit que le mandat est présumé révoqué lorsque, ayant chargé quelqu'un d'une affaire, j'en ai depuis chargé un autre: *Eum qui dedit diversis temporibus procuratores duos, posteriorem dando priorem prohibuisse videri.* Le Code portugais dit aussi « la constitution d'un nouveau commissionnaire pour la même « affaire commise, vaut comme révocation du premier, à « compter du jour où elle lui aura été connue (1). » Néanmoins ce ne peut être là un principe absolu, alors même qu'il s'agit d'un corps certain et déterminé. Car je puis avoir donné, en des temps différents, à Jacques et à Pierre le mandat de m'acheter le trois-mâts *le Neptune*, de tel tonnage, en vente au port de Morlaix, et appartenant à Salomon qui demeure en cette ville, sans avoir, pour cela, entendu révoquer mon premier mandataire. Peut-être n'ai-je eu d'autre objet que de m'assurer de plus en plus l'achat du navire, au cas où l'un de mes mandataires négligerait mon ordre, ou ne pourrait le remplir.

Lorsque le mandat est d'acheter des choses fongibles ou qui se vendent par quantité, le second mandat est en-

(1) A constituiçaô de novo commissario para o mesmo negocio committido vale como revogaçâo do primeiro, a contar do dia, em que lhe fora participada (art. 821, Cod, port.).

Digitized by Google

core un signe moins sûr de la révocation du premier. Si je donne à Pierre demeurant à Nantes, l'ordre de m'y acheter 2,000 kil. de sucre en pains, et un pareil ordre à Jacques, habitant de la même ville, nulle incompatibilité entre ces deux ordres. Cela est évident.

Il en serait de même d'un mandat de vendre *à livrer* dans tel ou tel délai.

A quoi donc jugera-t-on qu'il y a eu, de ma part, changement de volonté? On en jugera par les circonstances, *v. g.*, si mon premier mandataire a perdu son crédit, si sa femme plaide en séparation contre lui, etc., en un mot, par quelque fait de la nature de ceux que nous avons indiqués, t. 2, n° 187, pourvu que ce fait fût parvenu à ma connaissance au temps de la révocation tacite.

La révocation se présumerait plus facilement s'il s'agissait de vendre des marchandises actuellement chez le mandataire ou ailleurs, à sa disposition. Le second mandat, désignant les mêmes marchandises, est une grave présomption d'un changement de volonté. Toutefois ce n'est là qu'une de ces présomptions auxquelles il est permis d'en opposer d'autres. Le juge déciderait.

272. — La prudence commande de faire connaître au commissionnaire sa révocation; en droit, ce n'est pas une nécessité. Du moment qu'il connaît ce changement de volonté, il doit s'abstenir. Mais l'a-t-il connu? Quand l'a-t-il connu? Le fait était-il tel qu'il dût nécessairement en tirer la conséquence de la cessation de ses pouvoirs? A quoi reconnaître que le tiers qui a traité avec lui n'ignorait pas la révocation? Au juge d'en décider encore. Ne pouvant le prévoir, la loi ne pouvait le dire.

273. — Relativement au tiers, cette connaissance de

Digitized by Google

la révocation n'est pas indifférente, en quelque nom que le commissionnaire ait traité avec lui.

L'a-t-il fait en qualité de porteur d'une procuration que le tiers savait révoquée, celui-ci ne peut forcer à l'exécution du contrat ni le commettant ni le commissionnaire : le commettant, car ce tiers de mauvaise foi prétexterait inutilement d'une ignorance dans laquelle l'espèce suppose qu'il n'était pas ; le commissionnaire, parce que celui-ci n'a contracté aucune obligation personnelle.

La décision est la même si le commissionnaire a traité en son propre nom. Le tiers n'a point d'action contre un commettant qui n'a pas contracté, même par mandataire. Il en aurait une contre le commissionnaire, tout en le sachant tel, s'il eût ignoré la révocation du mandat. Mais, l'ayant connue, il ne peut agir contre l'auteur d'un dol dont il est le complice.

Il en est autrement si ce tiers a traité dans l'ignorance de la révocation. Alors le contrat est valide à son profit, contre le mandant, si le commissionnaire a agi par procuration, et contre le commissionnaire, si ce dernier a agi en son propre nom. *V. g.*, quand Jacques votre commissionnaire, dont j'ignorais la révocation, m'a vendu vos 10 pipes d'esprit 3/6, j'ai le droit d'en exiger la livraison si elles sont encore à sa disposition, sans que vous puissiez vous y opposer sous prétexte qu'elles sont vos marchandises, parce que je ne suis pas cause que vous vous soyez choisi un commissionnaire qui a fait abus d'un mandat révoqué. Seulement vous avez contre Jacques une action en dommages et intérêts.

274. — Dans l'espèce d'une délégation de pouvoirs, les mêmes présomptions d'où s'induit la révocation du commissionnaire par le commettant, font relativement

Digitized by Google

reconnaître quand il y a, par le commissionnaire, révocation de son délégué. Nous nous servons ici du mot *délégation*, afin qu'on ne confonde pas cette espèce de substitution avec celle dont nous avons parlé, t. 2, nos 202, 207, et par laquelle le commissionnaire est entièrement déchargé du mandat.

Si le commissionnaire a fait la délégation *nomine procuratorio*, et que le délégué ait connu la révocation expresse ou tacite du déléguant, c'est, en général, comme s'il avait connu directement sa propre révocation : *Resoluto jure dantis, resolvitur et jus accipientis*. Le délégué doit donc s'abstenir tout aussi bien que le déléguant.

Mais lorsque, malgré la connaissance qu'il a d'une révocation impliquant la sienne, le délégué n'en contracte pas moins, quel est l'effet du contrat?

En ce qui touche le tiers, tout dépend de la distinction précédemment faite, n° 270. La révocation lui était-elle inconnue, il peut forcer le commettant à exécuter le contrat, s'il n'a déjà reçu son exécution. Savait-il la révocation, nulle action ne lui compète ni contre le commettant, ni contre le commissionnaire avec lequel il a colludé, ou qu'il a trompé. Tout au contraire, le premier commettant a une action contre le tiers et contre le délégué, en réparation du préjudice que leur complicité lui cause.

Quant au commissionnaire, il ne répond de rien, s'il était autorisé à se substituer quelqu'un, et qu'il soit exempt de faute dans la délégation. Au cas contraire, il répond *in solidum* avec le tiers et le délégué du préjudice que le premier commettant éprouve.

275. — Lorsque le commissionnaire a fait la délégation *suo sub proprio nomine*, et que le délégué a aussi traité

Digitized by Google

en son propre nom, le tiers de bonne foi n'a d'action ni contre le commettant du délégué, ni encore moins contre le premier commettant, pour les forcer à l'exécution du contrat. Il n'a d'action que contre le délégué dont il a uniquement suivi la foi. Réciproquement, aucun des deux commettants ne peut empêcher que le tiers obtienne livraison de la marchandise qui est dans les magasins ou autrement à la disposition du délégué. Seulement le premier commettant, à qui cette marchandise appartient, a une action en dommages et intérêts contre son commissionnaire, qui en a lui-même une contre son délégué. Cependant, s'il résulte soit du mandat soit de la nature de l'opération, ou d'un cas fortuit, que le commissionnaire était autorisé à se substituer quelqu'un, le premier commettant n'a d'action contre lui que s'il a été commis dans la délégation quelque faute imputable, selon les explications données au paragraphe des substitutions de mandat, t. 2, nos 208 et suivants. Mais il peut exercer contre le délégué l'action du déléguant.

Que si le tiers connaissait la révocation, non-seulement il ne peut exiger de personne l'exécution du contrat, mais il peut être poursuivi, ainsi que le délégué, en dommages et intérêts, soit par le déléguant pour compte de son commettant, soit par le commettant lui-même aux droits du déléguant, dans le cas où le contrat a reçu son exécution. La raison en est qu'encore bien que le délégué ait traité en son propre nom, le tiers n'en savait pas moins que ce délégué n'était nullement propriétaire de la chose, et n'avait plus le droit d'en disposer ni d'engager en aucune manière, soit le déléguant, soit le premier commettant.

276. — Dans toutes ces espèces, et en quelque nom

Digitized by Google

que le commissionnaire ou son délégué ait traité après sa révocation qu'il connaissait, deux remarques importantes :

Premièrement, quoique le tiers de bonne foi soit toujours en droit d'exiger l'exécution du contrat en exécutant de son côté les obligations qu'il y a prises, il ne s'ensuit pas que l'autre partie ait aussi le droit d'en exiger l'exécution. La raison est qu'au temps où ce contrat fut fait, il l'a été contre la volonté de cette autre partie. Il ne peut, en ce cas, y avoir de réciprocité.

En second lieu, il n'y a pas à considérer si les parties ont ou n'ont point failli, parce que les droits de tous restent toujours ce qu'ils étaient à l'ouverture de la faillite. Par exemple, si Jacques, votre commissionnaire révoqué, et qui, nonobstant sa révocation que je ne connaissais pas, m'a vendu, sans me les livrer, vos dix pipes d'esprit, dépose son bilan, sa faillite sera tenue d'exécuter la livraison, et vous aurez contre elle action en dommages-intérêts, sauf toutefois à n'y venir que comme simple créancier. Il en serait de même, *servatis servandis*, si j'avais traité avec un délégué de Jacques, et que sa faillite m'eût fait la livraison.

277. — Mais, si le délégué est une personne désignée par le premier commettant, doit-il se tenir pour révoqué, dès qu'il acquiert la connaissance de la révocation du déléguant?

La raison de douter, c'est qu'on peut dire, nonobstant la désignation, que le délégué tient ses pouvoirs du déléguant, puisque celui-ci était libre de ne pas faire la délégation. Cela peut même être vrai selon la subtilité du droit, parce que, généralement parlant, les pouvoirs du délégué cessent avec ceux du déléguant. Néanmoins on peut dire aussi qu'ayant été l'objet d'une désignation

Digitized by Google

nominative, il est subsidiairement institué par le commettant lui-même, et que, n'étant personnellement révoqué ni par son propre commettant, ni par le commettant du commissionnaire, il a un juste sujet de croire que ses pouvoirs n'ont pas cessé avec ceux du déléguant. C'est donc une question de bonne foi à décider par l'appréciation des circonstances. *V. g.*, si le déléguant vient d'être condamné pour quelque friponnerie, on jugera que cette cause toute personnelle de sa révocation ne doit point, dans l'intention du premier commettant, entraîner la révocation d'un délégué qu'il a nominativement désigné et qu'il ne révoque pas nominativement; tandis qu'on jugera le contraire, si la cause de la révocation du premier mandat se rattache à l'affaire même qui en est l'objet; par exemple, si l'ordre était de faire certains approvisionnements pour une fourniture dont le marché vient d'être résilié.

278. — Après tout, si les choses ne sont plus entières quand le commissionnaire apprend la révocation du mandat, il peut et doit, quoique révoqué, faire ce qui est une suite nécessaire de ce qu'il avait commencé; *v. g.*, livrer ce qu'il a vendu, expédier ce qu'il a acheté, etc... Voilà pour ce qui concerne la révocation.

279. — Le mandataire, de son côté, peut renoncer au mandat. Mais, bien que le commettant soit libre de révoquer son ordre en tout état de choses, le commissionnaire ne jouit pas d'une liberté aussi étendue pour sa renonciation. Le commettant a compté sur l'exécution d'un mandat dont l'inexécution peut causer sa ruine; *Sicut liberum est mandatum non suscipere, ità susceptum consummari oportet.* Quand donc le commissionnaire peut-

Digitized by Google

il impunément renoncer? 1° Lorsque la renonciation a lieu en temps opportun; 2° lorsqu'elle a une juste cause.

Elle a lieu en temps opportun, si le commettant en est avisé assez à temps pour qu'il puisse, sans en éprouver préjudice, expédier l'affaire, ou par lui-même, ou par un autre que le renonçant. *Si renunciatum sit, ut jus integrum mandatori reservetur, vel per se, vel per alium eamdem rem commodè explicandi* (L. 22, § 11, D., *Mand.*)

Elle a une juste cause, *v. g.*, lorsqu'il survient un dérangement dans les affaires du commettant, lorsqu'il n'exécute pas ses obligations corrélatives, etc.; en un mot, dans les circonstances dont on peut voir divers exemples, t. 2, n°s 187, 222 et suiv., et l'on a fait remarquer qu'à la différence du mandat civil, ni l'inimitié survenue entre le commettant et le commissionnaire, ni la perte, quelque considérable qu'elle soit, que ce dernier peut éprouver par la continuation d'un mandat dont il a commencé l'exécution, ne sont pour lui une juste cause d'y renoncer. En matière de commission, on ne saurait dire avec le Code civil (art. 2007), et la loi romaine susmentionnée: *Renuntiari potest si redundet in eum captio, qui mandatum suscepit*. Le Code portugais (art. 822) nous semble avoir copié avec peu de discernement cette expression finale de l'art. 2007, « sans en éprouver lui-« même un préjudice considérable. » Nous pensons avoir solidement établi, t. 2, n° 186, qu'aucun préjudice, quelque considérable qu'il soit, n'autorise un commissionnaire à renoncer à son mandat.

2° De la fin du mandat par la mort de l'un ou de l'autre des contractants.

280. — Le mandat finit par la mort du commettant, car, d'après la définition donnée, t. 2, n° 20, le commis-

Digitized by Google

sionnaire s'engage à traiter et à conclure, *pour le commettant*, une ou plusieurs opérations de commerce individuellement déterminées. Or il est impossible de traiter et conclure aucune affaire pour quelqu'un qui, n'étant plus, n'a plus de volonté, ne peut plus rien devoir, ne peut plus rien posséder. Celui qui est mort, *pro nihilo habetur*. C'est son héritier qui le représente ;

Par la mort du commissionnaire, parce que la confiance personnelle du commettant dans la personne du commissionnaire ne constituant pas un droit au profit de celui-ci, elle ne passe point de lui à son héritier. Or le fondement du mandat n'est autre que cette confiance.

Rien donc de plus certain que ce principe général : *Si adhùc integro mandato mors alterius interveniat, vel ejus qui mandaverit, vel illius qui mandatum suscepit, solvitur mandatum* (§ 10, *de Mand.* Inst., liv. 3, tit. 27).

Mais si le mandat ne survit ni dans l'héritier du commettant, ni dans l'héritier du commissionnaire, les obligations qui en sont nées survivent aux contractants, et passent à leur héritier respectif : *Non etiàm mandati actio solvitur*. Cette distinction, que nous avons annoncée n° 269, est de toute importance.

Car, lorsque le mandat finit par la mort de l'un des contractants, ou l'exécution en est commencée, ou les choses sont encore entières.

281. — Si c'est le commettant qui meurt *adhùc integro mandato*, le commissionnaire n'a plus de mandat, et, en général, il ne peut plus rien faire qui oblige l'héritier du commettant.

Nous disons *en général*, parce qu'il est certains cas où, bien qu'il connaisse la mort du commettant, le commissionnaire peut et doit même exécuter la commission

Digitized by Google

dont il s'est chargé, *v. g.*, s'il s'agit de faire un protêt, d'opérer un recouvrement dont le terme est échu, d'exécuter une livraison à laquelle le commettant s'était obligé, etc., en un mot, toutes les fois que l'affaire est instante, *dilationis impatiens*, et que l'agissement a pour objet d'empêcher une prescription, une déchéance, une demande de dommages et intérêts, ou d'épargner à l'héritier du défunt quelque autre préjudice évident. L'art. 1991 du Code civil a consacré ce principe d'équité.

Quand l'exécution du mandat est commencée, le commissionnaire doit s'arrêter, sauf les cas d'urgence dont il vient d'être parlé.

Enfin, s'il n'a été rien fait pendant la vie du commettant, et que, ne le sachant pas mort, le commissionnaire ait exécuté le mandat, il en est de ce cas comme de celui d'une révocation tacite ; l'ignorance et la bonne foi du commissionnaire produisent le même effet que si le mandat durait encore. Ainsi le veut l'équité : *utilitatis causâ receptum est*. S'il en était autrement, qui oserait se charger d'un mandat, surtout dans le commerce où de grandes distances peuvent séparer les contractants? Le principe est posé dans l'art. 824 du Code portugais.

282. — Est-ce le commissionnaire qui décède, *rebus integris*, le devoir de l'héritier est d'en informer le commettant, d'attendre ses instructions, de ne rien entreprendre ; et, si l'exécution était commencée, de la laisser au point où elle se trouve ; le tout, sauf encore les cas d'urgence où le commissionnaire lui-même aurait été tenu d'agir, s'il avait survécu à son commettant dont il eût appris la mort. Mais tout ce qui a été fait avant le décès du commissionnaire subsiste avec les engagements actifs et passifs qui en dérivent : *durat obligatio*.

Digitized by Google

283. — Lorsque le commissionnaire après la mort du commettant, et l'héritier du commissionnaire après la mort de celui-ci, se trouvent dans l'obligation de pourvoir à des cas d'urgence, ce n'est pas le mandat qui se continue, nul mandat ne pouvant subsister après le décès du mandant ou du mandataire ; c'est une gestion d'affaires qui commence, nécessitée par l'équité et la loi des circonstances. Il importe de le remarquer ; car l'héritier du commissionnaire, à qui ce devoir innattendu est imposé, *velit*, *nolit*, ne doit pas répondre, aussi rigoureusement que le commissionnaire lui-même, des fautes qu'il pourrait commettre dans une gestion qu'il n'a ni sollicitée, ni entreprise de sa pure volonté.

284. — La mort civile est assimilée à la mort naturelle. C'est une fiction, il est vrai, fiction qu'on devrait faire disparaître de nos lois (1) ; mais elle existe et produit le même effet que la mort naturelle. Il est donc conséquent que la mort civile, soit du commettant, soit du commissionnaire, mette fin au mandat.

285. — Lorsque le commissionnaire a délégué ses pouvoirs, que devient la délégation à la mort du déléguant ou du premier commettant, et quel en est l'effet par rapport au tiers ?

L'on a vu n° 274 que, si le premier commettant révoque le commissionnaire, cette révocation entraîne celle du délégué qui la connaît, comme si le déléguant l'eût révoqué lui-même. Il en est ainsi de la fin de la délégation par la mort du premier commettant, quand le commissionnaire a délégué ses pouvoirs *nomine procuratorio*.

(1) Ce vœu a été accompli.

Digitized by Google

Il y a pourtant une différence entre la cessation par mort et la cessation par révocation.

Lorsque le premier commettant et son commissionnaire vivent, la délégation se trouve annulée, non-seulement par la révocation des pouvoirs du commissionnaire, mais encore par la révocation que ce commissionnaire peut faire lui-même des pouvoirs de son délégué.

Au contraire, la mort du commissionnaire déléguant ne met pas fin aux pouvoirs du délégué ; ils ne finissent que par la mort du premier commettant. C'est ce que Voët, d'après Faber, dit avec raison en ces termes (lib. 17, tit. 1, n° 15) : *Quòd si mandatarius secundùm potestatem sibi commissam alii rursùs idem negotium gerendum mandaverit, non primi mandatarii, sed primi mandantis morte extingui mandatum et finiri officium, tradit Faber*, C., lib. 2, tit. 8, defin. 24.

Le premier commettant ne peut donc refuser, et a droit d'exiger l'exécution du contrat qu'a fait un délégué instruit de la mort du déléguant ; tandis que, si le même contrat eût été fait par un délégué connaissant la mort du premier commettant, l'héritier de celui-ci ne serait ni tenu de l'exécuter, ni en droit d'en exiger l'exécution.

A cette différence près, qui est considérable, et en quelque nom que la délégation ait été faite et que le délégué ait traité, tout ce que nous avons dit n°s 271, 274, des effets de la révocation tacite, tant par rapport au délégué et au déléguant, que par rapport au premier commettant et au tiers, s'applique également au cas où les pouvoirs du délégué cessent par la mort du premier commettant (1).

(1) Il est bien une espèce particulière de mandat qui ne cesse point par la mort : c'est celui du *procurator in rem suam*. Par exemple, lors-

Digitized by Google

286. — Mais *quid juris* lorsqu'un *negotiorum gestor* a donné mandat de gérer la chose d'autrui, dans la gestion de laquelle il s'est ingéré, et que le mandataire a délégué ses pouvoirs *nomine procuratorio*, avec autorisation?

Il faut répondre : si, apprenant la gestion, le maître intime au gérant l'ordre de la cesser, un tel ordre équipolle à une révocation de mandat, et cette intimation peut aussi être tacite, *v. g.*, si le maître a institué quelque autre que le gérant pour gérer la chose dont ce gérant a entrepris l'administration. Au cas où le mandataire du *negotiorum gestor* a fait quelque contrat avec un tiers, *nomine procuratorio*, on suit donc les règles précédemment expliquées n°s 271 et suiv., pour la tacite révocation. Ainsi, par exemple, le tiers et le mandataire du gérant doivent s'abstenir de tout contrat, s'ils viennent à connaître que le propriétaire a émis expressément ou tacitement la volonté que le *negotiorum gestor* cessât la gestion ; au cas contraire, leur contrat est valide *benignâ juris ratione.*

Néanmoins, voici une différence entre la commission et la gestion d'affaires : dans la commission, celui que le

que vous me chargez de faire des recouvrements avec convention que leur produit sera appliqué à l'extinction de votre dette envers moi : *Sed et si in rem suam datus sit procurator, loco domini habetur, et ideò servandum erit pactum conventum* (L. 13, D., *De pactis*). Loin qu'un tel mandat finisse par la volonté ou par la mort soit du mandant soit du mandataire, au cas de leur décès, la convention oblige leur héritier ou lui profite. Il est même encore quelques autres mandats que la volonté ou la mort ne dissout point : *v. g.* lorsque la mandat est donné comme condition d'une obligation principale que le mandant contracte envers le mandataire, ou d'une seconde obligation principale que celui-ci contracte envers le mandant. Par exemple encore, la cession qu'un débiteur failli fait de ses biens à ses créanciers, est un mandat irrévocable, etc.; mais, à proprement parler, ce ne sont pas là des contrats de commission, parce que ce n'est pas la convention de mandat qui y domine : *A potiori fit denominatio.*

Digitized by Google

commissionnaire a délégué avec autorisation, *nomine procuratorio*, peut exiger du premier commettant ses avances, intérêts et frais, sans égard à l'utilité de l'affaire qu'il a gérée ; tandis que le mandataire du *negotiorum gestor* ne peut exiger ses impenses qu'après avoir prouvé que sa gestion était utile, du moins *ab initio ;* mais il a droit de les exiger en entier du *negotiorum gestor* qui lui a donné mandat, *etsi negotium non habuit effectum*, parce que la responsabilité de l'entreprise pèse sur le gérant et non sur son mandataire.

Si le *negotiorum gestor* a donné le mandat en son propre nom, le mandataire de bonne foi n'est directement en nul rapport avec le maître, parce qu'il a eu un juste sujet de croire son mandant, ou propriétaire de la chose, ou, tout au moins, en droit d'en disposer. Le maître et le mandataire du gérant n'ont donc pas d'action l'un contre l'autre ; ils n'en ont que contre le gérant pour obtenir, l'un, ses avances, intérêts et frais, l'autre, ses dommages et intérêts résultant du contrat fait avec le tiers de bonne foi, qui ne peut, à son tour, en exiger l'exécution que du même mandataire, mais sans que le maître puisse s'opposer à la livraison de la chose, ayant à s'imputer d'en avoir perdu la possession, ou par sa négligence, ou par l'effet de quelque événement dont le tiers ne doit pas souffrir.

Seulement, si le *negotiorum gestor* a failli, et que son mandataire ait reçu en valeurs le produit de la négociation qu'il a faite avec le tiers, *v. g.*, des billets à ordre, des lettres de change, des délégations, etc., le maître, qui, en ceci, est assimilé à un commettant, revendiquera dans la faillite du gérant l'action de celui-ci contre le tiers, et, pour faire valoir cette action, les titres constitutifs de la créance nominale de ce gérant, ainsi qu'on l'a expliqué au paragraphe *de la Revendication*, n°s 218, 222.

Digitized by Google

287. — Pour ce qui est du *negotiorum susceptor* qui, par lui-même ou par un mandataire, a fait quelque marché en vue d'une personne qu'il a nommée et dont il ne reçoit point l'approbation, rien de plus simple : il ne saurait jamais s'agir de révoquer son mandat, car il n'en eut jamais, ni de faire cesser sa gestion, puisqu'il n'a rien géré appartenant à celui qui ne l'approuve pas. Lui seul est donc engagé envers le tiers, qui peut le forcer à l'exécution du contrat, dont la nullité, selon le droit civil, n'est point à considérer dans le droit commercial relativement au *negotiorum susceptor* (V. t. 2, n°s 119, 120) ; et cela toutefois sans aucune action contre le mandataire quand celui-ci a traité *nomine procuratorio.*

Néanmoins, de ce que le *negotiorum susceptor* peut être contraint à exécuter le marché désapprouvé qu'il a fait pour autrui, il ne s'ensuit pas qu'il puisse, à son tour, en exiger l'exécution. La raison en est évidente : le *negotiorum susceptor* doit l'exécution du marché, parce qu'il est commercialement réputé s'être porté fort de la personne en vue de laquelle il a fait ce marché. Mais, ne l'ayant pas fait pour lui-même, il n'a nul droit d'exiger que le tiers l'exécute. Il n'en aurait le droit que s'il eût traité en son propre nom, soit par lui-même, soit par un mandataire.

D'un autre côté, lorsque le mandataire d'un *negotiorum susceptor* a traité en son propre nom, lui seul est à la fois, par rapport au tiers, créancier ou débiteur de l'exécution du contrat.

Mais, en quelque nom qu'il ait traité, le *negotiorum susceptor* lui doit pleine indemnité.

Le *negotiorum susceptor* est-il approuvé, la ratification lui tient lieu de mandat. Toutefois, quand le ratifiant vient à tomber en faillite, on examine, dans l'intérêt de

Digitized by Google

ses créanciers, si la ratification a été donnée en temps opportun, d'après les règles expliquées t. 2, au paragraphe de la Ratification, nos 135, 136, 137.

288. — Un être de raison, un être moral, ne meurt pas à proprement parler. Pure création de la loi ou de l'homme, il cesse de subsister, quand la loi ou l'homme met fin à la fiction. Telle est une société en nom collectif ou en commandite. Une société de cette sorte s'est-elle chargée de l'exécution d'un ordre, sa dissolution entraîne la dissolution du mandat, et ce mandat ne passe pas au liquidateur. En effet, encore bien que l'on dise que la société est en liquidation, néanmoins elle ne subsiste plus comme société agissante, faisant des opérations commerciales ; plus de raison sociale, plus de gérance ; il ne reste qu'une communauté d'intérêts avec un actif et un passif : *Si distracta est societas, nihilominùs divisio rerum superest.* Chaque associé a une part dans cette communauté ; mais, avant partage, il faut liquider, et cette liquidation est confiée à un liquidateur. Autre est donc la société et la liquidation, autre le gérant et le liquidateur de la société. Mais, si une société en liquidation ne peut se livrer à des opérations nouvelles, ni par suite exécuter un mandat lorsque les choses sont encore entières, il faut cependant que les affaires commencées se terminent. Le liquidateur peut donc les continuer ; c'est même une nécessité : *Quamvis nova negotia geri non possint, indè tamen non efficitur ut non absolvenda non sint quæ erant constante societate inchoata* (Casareg., Disc. 128). En conséquence, l'exécution d'un mandat étant commencée par la société, le liquidateur, comme l'héritier du commissionnaire, doit pourvoir à son exécution complète, quand les circonstances l'exigent et ne permettent aucun retard.

Digitized by Google

3° De la fin du mandat par l'interdiction ou par certains autres changements d'état.

289. — La chose est évidente. La personne frappée d'interdiction est réduite à l'incapacité de contracter, de faire des actes de commerce. Il en est de même de celui à qui il a été donné un conseil judiciaire, et de la femme qui se marie, après avoir donné ou reçu un mandat de commission. Dans tous ces cas, *solvitur mandatum*, mais suivant ce qui a été dit, *durat obligatio mandati*. Si des délégations de pouvoirs ont été faites et des contrats passés avec des tiers, on suit à cet égard les règles précédemment expliquées, tant pour la validité des négociations, que pour les divers recours qui peuvent être exercés.

4° Par la faillite ou déconfiture.

290. — A la différence de l'interdiction, la faillite ne prive pas de la capacité de contracter et de commercer. Mais le failli est dessaisi de l'administration de tous ses biens. Il se fait, dans sa fortune, un changement qui altère gravement la confiance en sa personne, en sa moralité, en sa probité, en son crédit.

Au reste, que le commettant ou le commissionnaire tombe en faillite, *rebus integris evanescit mandatum;* mais ce qui a été fait avant la faillite ou dans l'ignorance de la faillite est valable, *durat obligatio mandati.*

Nonobstant la faillite du commettant, le commissionnaire, et, au cas de la faillite de celui-ci, ses syndics, doivent pourvoir au cas d'urgence.

Tout ce qu'on vient de dire de la faillite s'applique également au cas de la déconfiture d'un non-commerçant qui a donné ou accepté un mandat de commission.

Digitized by Google

Par le cas fortuit ou par le cas insolite.

291. — Le mandat ne peut évidemment plus subsister après le cas fortuit qui a détruit dans son entier la chose commise. Il en est de même du cas fortuit qui, affectant la personne du commissionnaire, le met dans l'impuissance absolue de remplir la commission. Ces espèces et la conduite que doit alors tenir le commissionnaire sont expliquées t. 2, § 4, p. 272.

292. — Pour ce qui est du cas insolite, il ne dissout pas toujours le mandat, mais il peut le dissoudre.

Selon le président Favre, pour que le mandat prenne fin, il suffit que le mandataire ait un juste sujet de craindre, s'il exécute le mandat, d'agir, en cela, outre ou contre la volonté du mandant, par exemple, s'il est survenu du changement dans les circonstances où l'ordre fut donné; en tout mandat, ajoute l'auteur, cette clause est toujours sous-entendue : si la chose reste au même état : *Ut mandatum finitum videatur sufficit mandatarium justam habere causam timendi ne præter aut contrà voluntatem mandatarii mandatum exequatur. Inter cæteras enim finiendi mandati rationes illa etenim est, si nova causa emergat; siquidem in omni mandato subintelligitur semper clausula illa, si res in eodem statu permanserit* (Cod. Fab., l. 4, tit. 26, defin. 5).

Dans l'exposition de nos principes généraux, nous avons indiqué cette espèce, non comme une cessation ou une révocation du mandat, mais comme un cas insolite qui donne lieu à en suspendre l'exécution et à renseigner le mandant. En effet la présomption d'une révocation tacite ne reposant elle-même que sur la présomption d'un chan-

Digitized by Google

gement de volonté, il s'ensuit qu'une telle révocation ne peut s'induire que d'un fait personnel du mandant. Or telle n'est pas l'espèce. Le mandat subsiste donc, et le commissionnaire doit attendre de nouvelle instructions, s'il ne veut prendre sur lui de se porter *negotiorum gestor.*

Mais quand les nouvelles instructions altèrent les intérêts personnels du commissionnaire, *v. g,* si, ne trouvant pas à la Martinique les marchandises que je m'étais chargé de vous y acheter, je reçois des instructions pour aller en faire l'achat à la Guadeloupe, et que je n'y consente pas, *solvitur mandatum*, parce qu'il s'agit d'une convention nouvelle qui ne peut se former que par le consentement réciproque.

6° Par l'accomplissement de l'affaire commise.

293. — A peine est-il besoin de le dire, c'est la fin que les parties se proposaient: *Peracto negotio, finitur officium.* Il ne reste donc plus qu'à rendre compte du mandat.

Digitized by Google

§ II.

DU COMPTE A RENDRE PAR LE COMMISSIONNAIRE.

SOMMAIRE.

294. Quiconque gère l'affaire d'autrui est comptable; c'est un principe de droit naturel, et une nécessité du bon ordre du commerce; division de ce paragraphe.

1° *Ce que doit faire le commissionnaire pour rendre un compte fidèle.*

295. Le devoir d'un comptable est d'avoir des écritures régulières; c'est une obligation que la loi impose au commerçant.

296. Elle ne prescrit que la tenue régulière de trois livres : du journal, du copie de lettres, de l'inventaire annuel; mais elle suppose l'existence de livres auxiliaires; nécessité de cette comptabilité supplémentaire.

297. Parmi les livres auxiliaires, on doit remarquer le grand-livre; ce qu'il est; sa fonction et sa nécessité.

298. Il importe au commerçant d'avoir une tenue régulière de livres, comme aussi de conserver les factures, récépissés, etc.

2° *Comment et à qui le compte doit être rendu, s'il peut être revisé, rectifié, quand et comment.*

299. Avec les précautions ci-dessus indiquées, il est facile d'é-

Digitized by Google

tablir le compte en détails; ce devoir est généralement accompli par le commerce; mais trop souvent on ne fait pas raison au commettant de tous les profits auxquels il a droit; c'est cependant une règle d'équité et de justice, que le commissionnaire ne peut, au delà de sa commission, retirer aucun lucre de la chose commise; espèce donnée comme exemple de divers avantages qu'un commissionnaire peut s'approprier au préjudice du commettant; l'équité et la justice s'élèvent contre ces abus; arrêt de la Cour de Bordeaux.

300. Le remède contre ce désordre, c'est que le compte soit appuyé de pièces et concorde avec les écritures; espèce jugée par la Cour d'appel de Rennes.

301. Néanmoins, il peut être convenu que le commissionnaire sera dispensé de présenter des pièces justificatives; cette convention ne blesse pas l'essence du contrat de commission; exemple tiré de l'ancienne jurisprudence.

302. Le commissionnaire ne pouvant, à l'occasion de son mandat, tirer aucun profit de la chose commise, il s'ensuit qu'il doit *de plano* l'intérêt des sommes employées à son usage; disposition de l'art. 1996 du Code civil.

303. Mais on doit prouver contre lui cet emploi personnel; car il y a dol ou délit; toutefois les circonstances peuven modifier ce qu'il y a de trop absolu dans cette règle.

304. C'est aussi une maxime que le mandataire doit les intérêts du reliquat de son compte du jour de la mise en demeure; quand il y a mise en demeure, et ce qui la constitue.

305. Le commissionnaire peut tenir son mandat de celui au quel appartient l'opération, d'un gérant, d'un *negotio rum susceptor*, d'un commissionnaire qui a délégué ses pouvoirs; à qui le compte est dû, et examen de chacun de ces cas; pourquoi il importe de savoir à qui le compte est dû et doit être rendu.

306. Néanmoins, la règle que le commissionnaire doit compte à son commettant ou à celui qui s'est porté tel à son égard, souffre exception; dans quels cas.

307. Un compte ne peut être revisé; fondement de cette

Digitized by Google

maxime; elle implique l'existence et la validité d'un compte antérieur.

308. Nulle forme n'est prescrite pour les comptes entre majeurs et pour ceux du commerce; inapplicabilité de l'art. 472 du Code civil.

309. Mais si l'on ne peut reviser un compte, il est permis d'en relever les erreurs et les omissions; applicabilité de l'article 451 du Code de procédure civile.

310. En quoi consistent la révision et le redressement d'un compte; différence entre l'un et l'autre.

311. Pour quelle cause un compte peut être rectifié; disposition du droit romain, de l'ordonnance de 1667 et du Code de procédure civile; à l'erreur de calcul se réduit l'unique cause du redressement.

312. Dans quels cas la rectification peut être demandée; un compte n'est à l'abri d'une rectification qu'autant qu'il est exempt d'erreurs; exceptions à cette règle.

313. La demande en lief d'erreurs soumet à la preuve celui qui la forme; comment cette preuve peut être faite, et si l'on peut argumenter de pièces déjà produites.

314. Lorsqu'au lieu d'un compte établi et signé, il n'existe qu'une quittance du solde, le redressement est impossible; hors le cas de dol prouvé, les parties sont réputées avoir transigé sur les erreurs, omissions, faux ou doubles emplois.

294. — « Il convient, dit Pierre Desfontaines (1), que « cil qui amenistre autrui besoigne ou par uvarde ou par « autre manière kil rende raison là où il a ce fait » : *Eum qui aliena negotia sive ex tutelâ, sive ex quocumque alio titulo, administravit, ubi hæc gessit, rationem oportet edere* (L. 1 C., *De ratiocin.*).

Il n'est pas, dans le droit, de vérité plus certaine, plus

(1) L'un de nos plus anciens jurisconsultes; il a écrit sous saint Louis, dont il était conseiller.

Digitized by Google

pratique, dont la stricte observance importe plus au commerce. Car sans cela nulle fidélité assurée dans les consignations, nulle garantie dans les agissements. Aussi l'obligation de rendre compte ne dérive pas seulement du contrat ou du droit naturel ; elle est une nécessité du bon ordre dans le commerce. C'est la juste réflexion de Straccha : *Nedùm juris auctoritas tàm divini quàm humani præcepit, sed etiàm frequens et longævus inter mercatores ob publicam commoditatem et commercia hominum conservanda usus recepit et comprobavit, quâ è medio sublatâ, mercium hinc indè transmittendarum antiquus et utilis mos paritèr è medio tolleretur, cùm paucissimi sint qui per se omnia tractare possint* (Straccha, Rot. Gen., Decis. 165).

Quiconque gère l'affaire d'autrui, devient donc comptable ; c'est une obligation qui atteint tout gérant, tout mandataire, tout préposé, tout commissionnaire. C'est principalement par rapport à celui-ci que nous devons en parler, et, afin de la considérer dans toute son étendue, nous examinerons :

1° Quelles mesures doit prendre le commissionnaire pour se mettre à même de rendre un compte exact ;

2° Comment et à qui ce compte doit être rendu ; s'il peut être revisé, rectifié, quand et comment ;

Et, comme ordinairement les parties sont en compte courant, nous ferons du compte courant l'objet d'un paragraphe particulier.

1° Ce que doit faire le commissionnaire pour rendre un compte fidèle.

295. — Le premier devoir d'un comptable est d'avoir des écritures régulières, par lesquelles il puisse, au besoin, reproduire et justifier la date et l'ordre de ses opérations.

Digitized by Google

C'est une obligation que la loi impose à quiconque professe le commerce, et à juste titre on peut la dire prescrite dans un double intérêt : l'intérêt public, puisqu'elle touche au bon ordre du commerce en général ; l'intérêt privé, puisqu'elle force le commettant à résumer sa position, en même temps qu'elle lui ménage la possibilité d'une preuve dans ses propres livres (V. t. 1, chap. 4, § 6). Encore bien que, sans être rangée dans la classe des commerçants, une personne puisse faire des actes isolés de commission, et qu'on ne soit point en droit d'exiger qu'elle ait des livres, elle n'en est pas moins tenue de produire des pièces à l'appui de son compte. Il en sera parlé plus tard. En ce moment il ne s'agit que du commissionnaire commerçant ou du commerçant qui fait accidentellement la commission.

296. — La loi ne prescrit à tout commerçant que la tenue régulière de trois livres, du journal, du copie de lettres, de l'inventaire annuel (art. 8 et 9 C. comm.) Ce sont là les seuls livres légalement indispensables, et qui les tient réguliers satisfait à la loi.

Celle-ci, néanmoins, suppose dans sa disposition même (art. 8 C. comm.) l'existence de certains autres livres usités dans le commerce, lesquels sont appelés *auxiliaires*. Le journal en est le fondement ; sans lui, ils n'ont aucune valeur légale ou probante. Le journal, c'est le livre éminemment indispensable (V. t. 1, ch. 2, § 4, ch. 4, § 6) (1).

(1) Aucunes écritures ne peuvent remplacer le journal, ni notes, ni mains-courantes, brouillons, brouillards, etc. On peut dire de ces écritures et du journal ce que disait Cicéron des *adversaria* et du *codex* chez les Romains : *Quid est quòd negligentèr scribamus adversaria? Quid est quòd diligentèr conficiamus tabulas? Quià hæc sunt menstrua, illæ sunt æternæ; hæc delentur statim, illæ servantur sanctæ; hæc*

Digitized by Google

Mais avec le journal seul, le commerçant serait dans l'impossibilité, à un moment donné, de suivre toutes ses opérations dans leurs diverses ramifications, d'en saisir l'ensemble, et de s'en rendre compte. Il ne pourrait atteindre ce résultat que par le dépouillement et le classement des articles du journal, travail long et pénible. C'est ce travail qu'il exécute chaque jour au moyen *de livres auxiliaires*.

Ces livres sont pour lui *commercialement* indispensables. Ce n'est pas ici le lieu d'en exposer la tenue ; mais on doit en rappeler la nécessité.

Outre la comptabilité prescrite par la loi, une comptabilité supplémentaire est donc indispensable au commissionnaire, s'il veut, comme il le doit, distinguer avec facilité ses diverses affaires en commission et les siennes propres, en suivre le mouvement et se le retracer au besoin. Quels sont ces livres auxiliaires, comment les établir, quelle en est la fonction, et comment concourent-ils au but que l'on se propose ? Ce sont autant de détails qui appartiennent à la théorie de la tenue des livres. Nous dirons cependant, d'une manière générale, que le nombre, la nature et le service de ces livres dépendent du genre de commission ou d'industrie exercée par celui qui les tient, et qu'il est toujours facile de les faire servir de développement et de classement aux articles du journal. Cette dépendance est évidente pour quiconque est initié aux principes de la tenue des livres, et sait avec quelle flexibilité ces principes s'adaptent à toute comptabilité. Du

parvi temporis memoriam, illæ perpetuæ existimationis fidem et religionem amplectuntur ; hæc sunt disjecta, illæ in ordinem confectæ. Itaque adversaria in judicium protulit nemo ; codicem protulit, tabulas recitavit (Cicer., *pro. Q. Rosc. comœd.*, n° 7).

Digitized by Google

reste, chacun conçoit sans peine que, *v. g.*, le commissionnaire en banque et le commissionnaire à l'achat ne pratiquant pas les mêmes sortes d'opérations, les livres du premier doivent être autres que ceux du second, encore bien que les uns et les autres soient le supplément du journal. Il concevra aussi que les livres d'un commissionnaire en banque qui opère avec des correspondants étrangers ne peuvent être ni tenus ni établis de la même manière que les livres du commissionnaire en banque qui opère avec des correspondants français. Le premier, en effet, à la différence du second, doit éprouver le besoin de mentionner les sommes ou monnaies étrangères et leur réalisation en monnaies françaises, ou *vice versâ*.

297. — Parmi les livres auxiliaires, l'on doit remarquer le grand-livre. Relevé du journal, il est, comme le journal, commun à tout commerçant, à tout commissionnaire, quelle que soit sa partie. Si la loi ne le prescrit pas, il n'en est pas moins indispensable dans la pratique; sans lui, impossible de mettre de l'ordre dans les opérations multipliées.

C'est sur ce grand-livre que le commissionnaire ouvre un compte à l'objet de son mandat, sous une dénomination propre à faire connaître pour qu'il opère, et quelle est la nature de l'opération. Par exemple, des cafés ou des soieries me sont commises à la vente par Bernard ; je puis ouvrir le compte sous l'une de ces dénominations :

Cafés ou soieries de Bernard, ou bien :

Bernard, son compte de cafés ou de soieries.

Que je vende la marchandise comptant ou à terme, ou que j'en reçoive le prix avec ou sans escompte, ou en effets de commerce, il en est passé écriture au journal, comme de toutes autres opérations, en créditant ou en débitant

Digitized by Google

le compte ouvert au grand-livre. Au fur et à mesure des opérations, les détails étant relevés du journal au grand-livre, ce dernier, au folio *Compte Bernard*, réfléchira par débit et crédit le tableau exact des négociations que j'aurai faites. La simple copie de ce tableau me donne un moyen facile de rendre un compte détaillé et par ordre à mon commettant, ou plutôt constitue ce compte lui-même, dès qu'il est appuyé de pièces justificatives.

Si, au lieu de marchandises, on suppose la consignation du navire *le Neptune*, et que je sois chargé de régler ses avaries, de placer sa cargaison, de le réparer, de le réarmer, etc... , il me suffira encore, pour mettre de l'ordre dans les opérations commises et pour qu'elles cadrent avec mes propres affaires à leur date respective, d'ouvrir *un compte au navire le Neptune,* ou sous une dénomination qui fasse connaître la chose confiée à mes soins. Écriture étant passée au journal pour chacun de mes agissements, ceux-ci, par le relevé du journal au grand-livre, viendront encore se représenter dans un tableau qui en indiquera la date et la série.

On voit qu'à ce moyen mes propres affaires et celles que je fais pour autrui figurent au journal suivant la tenue prescrite par la loi, que les unes et les autres sont distinctes et séparées, que la même séparation existe entre toutes les affaires commises, quelles qu'elles soient, et que nulle confusion n'est possible, si les écritures sont bien et régulièrement tenues.

Séparer la propriété de chacun, mettre à part les intérêts de chacun, est de la plus haute importance, et pour le commissionnaire responsable de toute faute, et pour le commettant qui revendique en cas de faillite.

298. — Ces tenues d'écritures sont familières au com-

Digitized by Google

merce; peut-être ne le sont-elles pas assez à ceux qui, dans les tribunaux, s'occupent de ses intérêts pécuniaires. Un commerçant soigneux ne les néglige jamais. Il y attache d'autant plus d'importance que ses livres peuvent faire foi pour justifier certains articles, et qu'on suspecterait, à bon droit, sa loyauté, si les détails d'un compte qu'il rend ne figuraient pas sur ses livres. La production peut en être demandée; le juge peut l'ordonner d'office; et Casaregis dit même qu'un compte n'est qu'imparfaitement rendu tant que les livres demandés n'ont pas été produits : *Redditio rationis fieri nequit nisi mediante exhibitione librorum administrationis; et sine illorum exhibitione, dicitur imperfectè reddita* (Disc. 102, nos 5, 37, 38).

C'est dans le même but qu'un commerçant doit conserver avec soin les lettres, récépissés, factures, etc., et tout ce qui peut justifier soit ses écritures, soit son compte. En cas de contestation, le juge n'alloue que ce que l'on prouve avoir payé ou déboursé. *Point de preuve, point d'allocation*, telle est la règle.

2° Comment et à qui le compte doit être rendu, s'il peut être revisé, rectifié, quand et comment.

299. — Avec les précautions précédemment indiquées, le compte se trouve dans les livres, et sa justification dans les pièces dont le commissionnaire doit être muni. Dès lors facile d'en établir les détails et d'en déterminer le solde, *calculum ponere*; car tout compte doit être détaillé, puis justifié.

Détailler un compte, c'est énumérer les articles du débit et du crédit par ordre de date et avec leurs causes sommairement, mais clairement énoncées. Un compte

Digitized by Google

dont on ne comprend pas bien toutes les parties n'est pas réputé un compte rendu : *Ratio quæ non potest intelligi, non dicitur reddita* (Casareg., Disc. 102, n° 47). Ce devoir est généralement accompli par le commerce. Mais quelquefois on ne fait pas raison au commettant de tout ce qui lui est dû par suite de l'affaire ou du mandat; l'on omet ou l'on dissimule certains avantages qui en proviennent. Or, c'est une règle élémentaire d'équité et de droit que, rétribué ou non rétribué pour ses agissements, le commissionnaire ne peut, au delà de sa commission, tirer aucun lucre de la chose commise. Rien, en effet, de plus contraire à la bonne foi et à la convention : *Bonæ fidei non congruit ne quis de alieno lucrum sentiat, nisi remunerandi causâ vel honorarium ei promissum sit vel salarium* (L. 20, D., *Mand.*). Le commettant a donc le droit d'exiger que le compte comprenne tout profit direct ou indirect qui a été fait avec sa propriété par le commissionnaire.

Il n'y a point à distinguer si celui qui l'a gérée était ou n'était pas autorisé à la faire fructifier. Car, n'avait-il aucun pouvoir, la rétention du profit est un lucre illégitime : *Ne quis de alieno lucrum sentiat* (1).

Il n'y a même pas à examiner si le profit perçu excède ou n'excède pas le taux légal, ni quelle en est l'origine ; il doit tout restituer, *quantumcumque emolumenti sensit.* Car, suivant l'observation du président Favre, plus le profit était illégitime, plus il y a d'improbité et de mauvaise foi à le retenir : *Tantò facit improbiùs et contrà*

(1) Si mandavero procuratori meo, ut Titio pecuniam meam credat sine usuris, isque non sine usuris crediderit, an etiàm usuras mihi restituere debeat, videamus? Et Labeo scribit, restituere eum oportere, etiamsi hoc mandaverim, ut gratuitam pecuniam daret (L. 10, § 8, D., *Mand.*).

Digitized by Google

bonam fidem, quantò improbius lucrum est quod ex aliená pecuniâ vult retinere.

L'espèce suivante peut être donnée comme exemple de divers avantages qu'un commissionnaire s'approprie quelquefois au préjudice de son commettant. Un navire expédié pour la rivière de la Plata est capturé par le gouvernement brésilien, sous le prétexte d'une violation de blocus. Un commissionnaire est chargé de suivre les intérêts du navire et de la cargaison ; la capture est jugée illégale, et en conséquence des indemnités sont accordées au navire, au fret et à la cargaison. Entre-temps, le navire et la cargaison, pour en éviter la détérioration complète, ont été vendus aux enchères. Le commissionnaire encaisse ces divers produits, puis il en verse le montant en compte courant et d'intérêts à un négociant du lieu. Il ne peut ni dissimuler ni s'approprier le profit qu'il retire de ce compte ; car il se ferait un lucre de la chose d'autrui et à l'occasion de son mandat. Pour indemniser le navire, le fret, l'équipage et la cargaison, des indemnités sont allouées en rentes sur le gouvernement à un cours déterminé. Le commissionnaire les vend afin de réaliser, mais à un cours plus élevé ; il ne saurait encore se bénéficier de la différence des deux cours ; ce bénéfice appartient au commettant. Enfin si l'on suppose qu'après avoir réalisé, il fasse des remises sur la France ou sur l'Angleterre, et que, vu les circonstances, il gagne une prime à la négociation, il en doit compte.

L'infraction à une règle aussi fondamentale est une source de désordre. On s'habitue à croire qu'un commettant est toujours assez bien servi, pourvu qu'il soit adroitement trompé, et que surtout il n'a nul droit à des profits qui n'étaient pas entrés dans ses prévisions.

L'équité et la justice s'élèvent contre des abus aussi

Digitized by Google

criants, et tout usage contraire, s'il en existe, doit être sévèrement proscrit. « C'est en vain, dit la Cour de Bor-« deaux, que l'on prétendrait qu'un usage aussi coupable « se serait introduit dans le commerce depuis quelques « années ; il est du devoir de la Cour de consacrer les « véritables principes en frappant de réprobation une « semblable fraude, et les tribunaux ne doivent pas tolérer « de semblables abus (1). »

300. — Un remède puissant contre ce désordre, c'est d'exiger que le compte soit appuyé de pièces justificatives, et s'accorde avec les écritures des livres. Encore une fois, point de preuve, point d'allocation. Avec cette régle, la responsabilité du commissionnaire ne demeurera pas illusoire, car il ne pourra impunément négliger de se munir, dans le cours de l'exécution du mandat, des documents qui assurent la vérité de son compte, et de la preuve des événements qui peuvent en modifier le résultat. Une juste application de ce principe a été faite par la Cour de Rennes dans une espèce qui, de nature à se présenter fréquemment, peut servir d'exemple pour les cas analogues.

Il était intervenu entre la maison Duplessis de Grénédan, de la Haie-d'Iré, près Rennes, et la maison veuve Toché aîné et Chéguillaume, de Nantes, une convention par laquelle cette dernière maison s'engageait à faire transporter du Havre à Bahia trente-huit harasses de gobelets et autres vases de verre, moyennant un fret

(1) D. P., 33, 2, 69.

Cet arrêt consacre ensuite une proposition générale contraire à tout principe de droit, savoir: qu'en matière commerciale on ne peut plus revenir sur des opérations consommées, sous prétexte de dol et de fraude : *Desinit in piscem mulier formosa superné.*

Digitized by Google

de. . . . . ; elle s'engageait aussi à procurer la vente de ces marchandises au lieu de la destination, moyennant un salaire convenu, et sous la surveillance du capitaine. « Vous n'aurez plus, disait la maison de Nantes, à vous « occuper de cette affaire jusqu'au retour de notre navire ; « elle reste sous notre gestion dont nous vous rendrons « compte alors. » L'expédition eut un mauvais résultat, dû principalement à deux causes : la cassure d'une grande partie de la marchandise dans un long trajet par terre, et la nullité du cours sur le marché de Bahia. Il s'agissait donc de savoir quel devait être l'effet de ces deux circonstances sur la gestion et le compte du commissionnaire. Un mandataire, dit en substance l'arrêt de la Cour, est tenu non-seulement de justifier la sincérité du chiffre de son compte, mais aussi de rapporter la preuve légale des circonstances imprévues et des événements de force majeure, dont il prétend que le concours a exercé une influence nuisible sur le résultat de l'opération ; car le système contraire réduirait le mandant à la nécessité de prendre pour constantes les allégations du mandataire, en rendant illusoire la responsabilité de ce dernier. Cette obligation, commune à tous mandataires, pèse plus rigoureusement encore sur le mandataire salarié, et si l'accomplissement en est indispensable, c'est surtout quand l'effet du compte, en absorbant l'entier capital de l'opération, aggrave cette perte par un surcroît de frais. D'ailleurs, la plus vulgaire prévoyance avertit assez le commissionnaire qu'il prenne soin de constater régulièrement, en pareille circonstance, des faits dont le résultat fâcheux et inattendu doit naturellement exciter la méfiance et provoquer les contradictions du commettant. Or la maison de Nantes attribue le mauvais succès de la spéculation à la réunion de deux causes principales : la

Digitized by Google

cassure d'une partie notable des marchandises, et le cours presque nul du surplus sur le marché de Bahia. La preuve de ces deux faits étant donc nécessaire pour justifier la gestion et le compte, ils auraient dû être constatés en temps opportun et avec les solennités usitées dans le pays (1).

301. — Mais si le commissionnaire doit justifier les articles de son compte, et prouver la réalité des événements qui influent sur sa gestion, rien n'empêche de convenir qu'il sera dispensé de présenter des pièces justificatives. Il peut, en effet, se rencontrer des circonstances qui rendent difficile, même impossible, de se munir de pièces et documents. Dans ce cas, pourquoi ne pourrait-on s'en remettre à la bonne foi du commisionnaire? Une telle convention n'a rien d'illicite; elle ne blesse nullement l'essence du contrat de commission. L'obligation de rendre compte est bien inhérente au mandat; elle en fait partie; car que serait un mandat dont le gérant aurait la faculté de ne pas faire raison de ses agissements (V. t. 2, n° 20)? Mais ce n'est pas la dispense de rendre compte, c'est la dispense de fournir les pièces justificatives qui est l'objet de la convention. Celle-ci ne porte donc nulle atteinte à l'essence du contrat, et, du reste, elle a son motif honnête et permis, la confiance en la probité du commissionnaire. Un pacte de ce genre est quelquefois apposé dans le contrat d'assurance; l'assuré reste tenu de justifier le chargement; mais, par convention, on s'en rapporte, pour cette justification, à tel document déterminé, même à sa parole. Si la validité de cette clause en matière d'assurance peut être discutée, vu la nature

(1) Recueil des arrêts de la Cour de Rennes, t. 8, p. 455.

Digitized by Google

spéciale de ce contrat (V. n° 157), la validité de la même clause dans la commission ne saurait du moins être contestée. On en trouve une confirmation dans l'ancienne jurisprudence, et, comme, dans la foule des transactions infiniment variables du commerce, l'occasion peut se présenter de faire ce que l'on fit dans cette espèce qui s'est réalisée, nous la rapporterons en quelques mots :

Meunier, négociant probe et notable de Lyon, fut revêtu des fonctions de syndic par sa communauté accablée sous le poids de concussions. Il reçut les pouvoirs les plus étendus à l'effet de poursuivre les procès que la communauté se proposait d'intenter. Ces pouvoirs autorisaient Meunier à faire, pour le soutien des procès, des avances considérables, et même des emprunts dont il serait remboursé à sa première réquisition sur un simple état quant aux avances, et, quant aux emprunts, suivant les actes qu'il en rapporterait de lui certifiés véritables, sans avoir besoin de pièces justificatives des emplois, parce que, à cet égard, on s'en remettait entièrement à sa bonne foi. Meunier consacra quinze années de sa vie à l'affaire commise, triompha de tous les obstacles, suivit avec succès une multitude de litiges, et enrichit sa communauté. Enfin, le moment de compter arriva, et, avec lui, celui de l'ingratitude. Les comptes furent contestés; on en fit l'objet de chicanes sans nombre. Mais le parlement de Paris les proscrivit toutes, et proclama la validité du pacte qui dispensait de l'apport des pièces justificatives. Malheureusement le procès durait encore quand l'honnête Meunier paya le dernier tribut. Il ne vit pas luire le jour de cette éclatante justice (2).

(1) *Répert.* de Merlin, v° *Mand.*, § 4.

Digitized by Google

302. — De ce que le commissionnaire ne peut, à l'occasion de son mandat, retirer aucun profit direct ou indirect de l'affaire commise, il s'ensuit que, de plein droit, il est débiteur de l'intérêt des sommes employées à son usage, et cela à dater du jour de l'emploi : *Quòd si non exercuit pecuniam, sed ad usus suos convertit, in usuras convenietur* (L. 10, § 3, D., *Mand.*). Cette conséquence, le Code civil l'a consacrée dans l'art. 1996; ne le fût-elle pas, ce n'en serait pas moins une règle d'équité et de justice : *Bonæ fidei hoc congruit ne de alieno lucrum sentiat.* Ce qui rend le commissionnaire passible des intérêts, c'est donc l'emploi qu'il fait, pour son usage personnel, de valeurs qui sont chez lui en dépôt irrégulier ; par conséquent, plus de motif de les mettre à sa charge quand il garde les fonds à la disposition du commettant. *V. g.*, lorsque je vous ai fait des remises avec mandat d'en opérer le recouvrement et d'attendre l'affectation spéciale que je destine à mes fonds, si, sur avis de leur encaissement, je n'en ai pas disposé, je n'en puis imputer l'inaction qu'à moi-même (1).

303. — Mais, puisque les intérêts dus ne sont que la conséquence d'un emploi personnel au commissionnaire, on peut se demander qui doit prouver cet emploi, et s'il n'est pas des cas où l'on peut le présumer.

Se servir d'un dépôt irrégulier, rien de plus licite ; seulement, dans le commerce, il faut en payer l'intérêt,

(1) La Cour de cassation a jugé, le 3 mars 1806 (affaire Dewinck), que le dépôt du reliquat d'un compte chez un notaire ne peut faire considérer le débiteur comme ayant tenu les fonds à la disposition du créancier. Il doit les tenir entre ses mains. En effet, qui peut savoir si ces fonds ne sont pas placés à intérêt chez le notaire ?

Digitized by Google

qu'on soit ou non prêt à le rendre à première réquisition ; mais, si cet intérêt n'est stipulé d'avance, soit que le dépositaire s'en serve, soit qu'il ne s'en serve pas, au déposant la preuve de l'usage fait du dépôt ; sans cela, point d'intérêt.

Se servir de la chose d'un autre, en tirer un avantage personnel ou la dissiper sans le consentement du propriétaire qui a prescrit de la tenir à sa disposition, est un dol ou un délit. Or, règle générale, le respect dû à la dignité de l'homme ne permet pas de présumer le dol, ni par suite de faire supporter à un commissionnaire l'intérêt de valeurs qu'on ne prouve pas avoir été employées par lui dans ses propres affaires.

Toutefois, n'exagérons pas les conséquences de la règle : les circonstances peuvent modifier souvent ce qu'elle a de trop absolu. Un commissionnaire annonce avoir vendu à six mois de terme, ou remet un compte d'où il résulte qu'il a accordé ce terme aux acheteurs. Sans aucun doute, il n'est réellement débiteur du prix des ventes qu'aux échéances. Mais, à cette époque et malgré les ordres du commettant, il ne fait ni envoi de fonds ni remises. Devra-t-il les intérêts? Sera-t-il censé avoir encaissé le produit des ventes? Le commissionnaire qui vend doit recouvrer, cela est certain (V. t. 2, n° 71). Tenu d'opérer les rentrées à l'échéance, s'il ne l'a fait, il est en faute, et passible de dommages-intérêts. Or, en fait de sommes d'argent, les dommages-intérêts ne peuvent être que l'intérêt de ces sommes. Le défaut d'encaissement équivaut donc à un emploi *in proprios usus* des valeurs encaissées, et peut lui être assimilé.

Il ne cesse d'être imputable au commissionnaire que lorsqu'il prouve :

Ou l'insolvabilité des acheteurs, *v. g.*, tombés en faillite ou en déconfiture ;

Digitized by Google

Ou l'inutilité des poursuites dirigées contre eux, *v. g.*, des condamnations suivies de procès-verbaux de carence ;

Ou l'impossibilité d'obtenir payement, parce qu'un usage constant recule le terme primitif de l'échéance, comme dans l'espèce suivante :

Un commettant se prétendait créancier d'un solde de compte de.... pour diverses marchandises expédiées à la vente sur le marché de Tunis. En conséquence, afin d'obtenir payement, il saisit en France des balles de laine appartenant à son commissionnaire. Celui-ci devait-il ou ne devait-il pas? c'était la question. Or, il soutenait que, malgré le terme échu des ventes, il n'avait pu en encaisser le montant, vu l'usage de la place de Tunis. Quel était cet usage? C'est qu'après l'échéance du terme convenu, l'acheteur jouit d'un délai de faveur aussi long que le premier. Cet usage supposé constant (et le tribunal de commerce en avait une connaissance personnelle), le commissionnaire ne pouvait être déclaré débiteur qu'à l'expiration du délai de grâce, ni par suite devoir les intérêts de la somme qu'il n'avait pas recouvrée (*Jurisp. de Marseille*, t. 11, p. 106). Il en serait de même, ajoute le jugement, *fût-il demeuré du croire*, décision que nous ne pouvons admettre, parce que le *del credere* n'est pas seulement une garantie de la solvabilité des débiteurs, mais aussi de la ponctualité des payements (V. t. 3, n° 87).

304. — C'est encore parce que le mandataire ne peut légitimement faire aucun lucre à l'occasion du mandat, qu'il doit les intérêts du reliquat du jour de la mise en demeure, règle d'équité que le Code civil (art. 1996) a puisée dans la loi romaine : *Si procurator meus pecuniam meam habet ex morâ utiquè usuras mihi pendet.* Car du moment qu'interpellé de payer le solde de son compte, il

Digitized by Google

ne le fait pas, c'est qu'évidemment il en a disposé à son propre avantage, ou que, le retenant sans une juste cause, il doit être réputé en avoir fait un emploi personnel ; d'un autre côté, en le gardant, non-seulement il est en faute et agit contre la bonne foi, mais aussi il cause un préjudice à son mandant dont ce retard peut gravement compromettre les intérêts. Ces considérations ne s'appliquent pas moins au contrat de commission ; elles y ont même plus de gravité, puisque, outre que les agissements ne sont pas gratuits, les engagements commerciaux forment une chaîne dont un seul anneau ne se rompt pas impunément. Le commissionnaire doit donc, dès qu'il est en retard, l'intérêt de son solde de compte.

Mais quand y a-t-il retard et qu'est-ce qui le constitue ?

Il y a retard, lorsque le commissionnaire, interpellé de de payer *congruo loco et tempore,* diffère le payement sans aucune cause légitime ; or cette interpellation peut résulter, non-seulement d'une sommation, d'un acte équivalent, mais de la convention, de la correspondance même, *v. g.* , quand le débiteur, après compte réglé, reconnaît devoir, promet de payer et ne paye point, ou lorsque, pour payer, il ouvre un crédit à son créancier et ne satisfait pas aux traites fournies sur lui. On a dit précédemment que, tenu de recouvrer, s'il ne le fait pas à temps, il se rend passible de l'intérêt des valeurs en recouvrement.

305. — Examinons maintenant à qui le commissionnaire est obligé de rendre compte ; car si, le plus souvent, il tient son mandat de celui à qui appartient l'opération, il peut le tenir aussi d'un simple gérant, d'un *negotiorum susceptor*, d'un commissionnaire qui a délégué le sien *nomine procuratorio,* ou en son propre nom.

Digitized by Google

L'obligation de rendre compte dérive d'un fait ou d'un contrat ; elle est personnelle dans la véritable acception du mot : *Oportet te facere.* Ainsi le compte est dû ou à celui dont on a géré l'affaire, ou à celui avec lequel on a contracté. C'est dans ce dernier cas que se trouve le commissionnaire ; il ne doit compte qu'à celui avec lequel il a traité, et celui-là seul a le droit de l'exiger de son chef.

Par exemple, si un armateur m'a consigné son navire, avec ordre de vendre la cargaison et d'en faire les retours, à lui seul ou à celui qui exerce ses droits je suis tenu de faire raison de mes agissements, comme lui seul peut m'y forcer, bien qu'il ne soit pas le seul intéressé dans le navire ou dans la cargaison. Car, comme c'est de lui que j'ai reçu mandat, ce n'est qu'envers lui que je puis être responsable.

De même, si, vous ingérant de votre pure volonté dans les affaires de Titius, qui ne le sait pas, vous me mandez en son nom de faire réparer son navire, d'en composer la cargaison ou de lui procurer un fret, qu'à tort ou avec raison vous vous soyez porté son *negotiorum gestor*, il est évident que je vous dois un compte, parce que vous-même vous lui en devez un. Titius, il est vrai, aura aussi action contre moi, puisque je n'ignorais pas qu'il s'agissait de son affaire ; il pourra donc me demander un compte. Réciproquement, j'aurai le droit de lui demander mes avances ou mes déboursés. Mais, à moins d'une novation par suite de laquelle j'aie consenti à n'agir que contre Titius, vous ne cessez pas d'être tenu envers moi *actione contariâ mandati ;* la raison en est que c'est avec vous que j'ai contracté, que c'est votre foi que j'ai suivie.

Si vous êtes, non pas gérant, mais *negotiorum susceptor*, c'est-à-dire si, prenant sur vous de faire une affaire en vue de Titius, qui ne vous en a pas chargé, vous me don-

Digitized by Google

nez des ordres relatifs à cette affaire, plusieurs cas peuvent se présenter.

1° L'opération entreprise *contemplatione Titii* peut n'être pas ratifiée par lui. Nul doute que je ne vous doive compte et ne le doive qu'à vous seul.

2° Vos agissements peuvent avoir été approuvés par Titius; et alors il faut distinguer :

Si votre mandat me faisait connaître dans quel intérêt vous me donniez des ordres, et que l'intéressé les ratifie, l'affaire qui pouvait rester la vôtre est devenue la sienne, et l'opération continue de se traiter entre lui et moi ; c'est à lui que je dois compte, et c'est lui qui me doit mes avances et mes débours.

Si, au contraire, vous m'avez commissionné en votre propre nom et que ratification survienne ensuite, que je la connaisse ou que je l'ignore, tant que je ne renonce pas à vous considérer comme mon seul mandant, chacun de nous a contre l'autre l'action *ex mandato* qui lui appartient.

Quand le commissionnaire, avec ou sans autorisation, en délègue un autre, il devient commettant à l'égard du délégué; en conséquence, même corrélation de droits et d'obligations en ce qui regarde la reddition du compte ou le remboursement des débours. Cette corrélation ne cesse que si, autorisé à se substituer quelqu'un, le commissionnaire transmet ses pouvoirs au nom du commettant qui les lui a donnés; alors son mandat s'est réduit à choisir un commissionnaire qui, par son acceptation, se lie envers le commettant, et lie le commettant envers lui.

Il n'est pas sans intérêt de savoir à qui le compte est dû et doit être rendu. Car ce devoir une fois accompli, le commissionnaire est à l'abri de toute recherche, quels

Digitized by Google

que soient ceux que le compte peut intéresser. Un capitaine traitant avec son armateur s'engage à vendre les marchandises de la cargaison, à en employer le produit en retours, etc. Presque toujours, il demeure étranger aux accords passés entre l'armateur et les autres coïntéressés ou *coparticipes*. Dans une telle occurrence, ce n'est qu'à celui qui lui a donné mandat de gérer l'expédition que le capitaine est tenu de rendre compte. Autrement on lui imposerait une obligation en dehors des termes de son mandat, et d'une exécution souvent impossible, les coïntéressés pouvant être nombreux et divisés à l'infini. C'est donc à l'armateur seul que le compte doit être rendu ; lui seul est en droit de l'exiger et de le débattre, comptable qu'il est lui-même envers l'armement dont la direction lui a été confiée ; et c'est à lui que les coïntéressés doivent s'adresser, soit qu'ils lui demandent raison des intérêts communs, soit qu'ils se plaignent de la gestion du capitaine. Il en est ainsi de toute opération, de toute entreprise dont la direction suprême est confiée à une seule personne, ou à plusieurs formant une direction.

306. — La règle que le commissionnaire doit compte à son commetttant ou à celui qui s'est porté tel à son égard, souffre toutefois exception, lorsque le commettant éprouve un changement d'état qui altère ou détruit sa capacité, *v. g.*, par suite d'une faillite. Et réciproquement, si le commissionnaire vient à faillir, l'obligation de rendre compte est dévolue à la masse de ses créanciers. Le failli, en effet, est dessaisi de l'administration de ses biens ; ses droits et ses obligations passent à ses créanciers représentés par un ou plusieurs syndics. Il ne peut donc plus approuver ni quittancer aucun compte ayant rapport à ses droits actifs ou passifs avant sa faillite.

Digitized by Google

307. — C'est une maxime universellement admise qu'un compte, une fois réglé, ne peut être revisé (art. 541 C. proc.), mais seulement redressé, rectifié ; et cette maxime a son fondement.

Quand, en effet, un compte a été arrêté par les parties ou par autorité de justice, il y a pour elles ou une loi dans la convention, ou autorité de la chose jugée dans la décision rendue. D'un autre côté, l'intérêt social exige que les procès n'engendrent pas de procès, et ne se renouvellent pas avec une complication d'autant plus grande, qu'excités par le ressentiment ou par l'amour-propre, les plaideurs mettraient à profit tout ce que l'expérience d'un premier procès leur aura appris de chicanes et de détours. Il faut couper court à tout litige à venir.

Cette maxime implique nécessairement l'existence et la validité d'un compte antérieur à la révision demandée. Si donc le compte n'existe qu'en projet, s'il est nul pour une cause quelconque, s'il n'y a que des états de situation, des arrêtés provisoires, la règle cesse. C'est le cas non de reviser, mais de dresser un compte. Il importe, comme on le voit, de ne pas confondre avec des états de situation ou arrêtés provisoires, un règlement définitif de compte.

308. — Un compte peut être valable, sous quelque forme qu'on le présente ; la loi n'en prescrit aucune pour les comptes amiables entre majeurs et pour ceux du commerce. On sait qu'entre commerçants on les dresse par débit et crédit, en énonçant la date et la cause de chaque article. Par application analogique de l'art. 472 du Code civil, on a prétendu qu'un compte est nul ou irrégulier, s'il n'est pas constant qu'il a été précédé de la remise des pièces justificatives. C'est une question qui devait naître de la doctrine selon laquelle le Code civil est le droit commun

Digitized by Google

du commerce, et s'applique aux transactions mercantiles dans le silence de la loi commerciale. Mais on a senti que la disposition de l'art. 472 du Code civil avait sa raison dans une espèce singulière (*jus singulare*), l'ascendant que le tuteur peut encore exercer sur le mineur, alors qu'il est devenu majeur, au point de lui faire signer une décharge sans aucun examen préalable. Or le même motif n'existe plus, quand des majeurs règlent un compte, surtout des majeurs commerçants (1). Entre majeurs, un compte, pas plus qu'un partage, n'est assujetti à une forme prescrite; la spécialité de l'art. 472 en fait preuve.

309. — Mais, tout en prohibant la révision d'un compte, on a dû concilier ce qu'exige la foi dûe à la convention ou à l'autorité de la chose jugée, avec ce qu'exige la fragilité de l'homme sans cesse exposé à l'erreur. Si donc on ne doit pas procéder à une révision, il doit être permis de relever les erreurs et les omissions de tout compte : *Veritas rerum erroribus gestarum non vitiatur* (L. 6, § 1, D., *De offic. præs.*).

On a cependant douté que l'art. 541 du Code de procédure civile fût applicable à tous autres comptes qu'à ceux qui sont rendus en justice, ceux-ci seuls étant l'objet de la disposition précitée. Ce système ne saurait être admis, et cela par une raison péremptoire qui n'a pas échappé à M. Merlin : c'est que l'art. 541 ne fait qu'appliquer aux jugements sur compte un principe commun à tout jugement, à tout acte, à tout traité, savoir : que l'erreur de calcul est toujours réparable, principe admis même dans les transactions sur procès (2).

(1) *Recueil des arrêts de la Cour de Rennes*, t. 7, p. — Favard, v° *Compte*; Pigeau, t. 2, p. 389; D. P., 39, 2, 46.

(2) *Questions de droit*, v° *Compte-courant*, § 2; *Répertoire*, v° *So-*

Digitized by Google

310. — Qu'est-ce donc que reviser un compte? Qu'est-ce que le redresser ou en rectifier les erreurs?

Reviser un compte, c'est examiner et discuter chacun des articles du débit et du crédit, et, si ce compte est le résultat des soldes de divers comptes particuliers, c'est examiner et discuter chacun des articles du débit et du crédit de ces comptes particuliers. Voilà ce que la loi ne permet pas.

Mais redresser un compte, en relever les erreurs, c'est spécifier, avec preuve à l'appui, les articles du débit et du crédit qui contiennent des erreurs, soit dans les comptes particuliers, soit dans le compte général qui peut en être composé. Voilà ce qui est permis.

On voit en quoi consistent la révision et le redressesement, et en quoi l'une diffère de l'autre. Dans la révision tout le compte est mis en débat; dans le redressement, certains articles seulement; dans l'une il s'agit du bien-être de tous les articles, dans l'autre de l'erreur de quelques-uns; l'une entraîne une discussion générale, l'autre n'attaque que des points déterminés.

311. — La révision et le redressement étant distingués, voyons pour quelle cause un compte peut être rectifié. Le principe de la rectification a sa raison et sa nécessité, comme on l'a vu précédemment; c'est dire assez qu'il n'appartient pas plus au droit civil qu'au droit commercial; il est de droit naturel. Les lois romaines le formulent ainsi: *Errorem calculi, sive ex uno contractu, sive ex pluribus emerserit, veritati non afferre præjudicium sæpè constitutum est, undè rationes etiam sæpè computatas*

cité, t. 15, add. sect. 6, n° 6, § 3; Favard, v° *Compte-courant*; arrêt de cassation, 10 septembre 1812.

Digitized by Google

denuò tractari posse (L. 1, C., *De err. calc.* Dioclét. et Maxim.) (1).

L'erreur de calcul donne donc lieu à rectifier un compte, même à le rectifier de nouveau si l'on y découvre une nouvelle erreur, parce que l'erreur ne peut jamais prévaloir contre la vérité. « Vice ou erreur de calcul et de « compte, dit Loisel (liv. 1, tit. 4, art. 6), se purge en « tout temps, qui est ce qu'on dit : *à tout bon compte* « *revenir.* »

Le droit romain n'ouvre la voie en redressement de compte que dans le cas d'erreur de calcul; c'est qu'en effet l'erreur de calcul est l'unique cause à laquelle on peut ramener toute rectification; et quand, dans notre droit, nous disons qu'il y a lieu à redressement pour erreurs, omissions, faux ou doubles emplois, nous ne faisons que traduire cette unique cause sous diverses formules.

M. Merlin (*Quest. de droit*, v° *Compte courant*, § 1) a prouvé que l'ordonnance de 1667, art. 20 et 21, tit. 29, n'avait pas un autre sens que la loi romaine; les art. 540, 541 du Code de procédure civile n'ont pas fait un changement réel aux dispositions de l'ordonnance; il n'y a qu'une différence nominale entre la rédaction de la loi ancienne et la rédaction de la loi nouvelle. Que l'on compare, en effet, les art. 20 et 21 de l'ordonnance avec les art. 540 et 541 du Code, il en résulte que l'erreur s'entend de ce qui est dit dans les art. 20 et 540, et que les deux autres articles ne sont que la paraphrase de ceux-là; c'est-à-dire qu'il s'agit toujours de l'erreur qui s'est glissée dans le calcul de la recette et de la dépense. Or une erreur de calcul peut provenir, indirectement au moins, de toute autre cause que d'une supputation matérielle, d'une

(1) V. aussi L. 80, D., *De admin. rer. ad. civit. pertin.*

Digitized by Google

fausse addition ou d'une fausse soustraction de chiffres.

V. g., l'omission ou l'exagération d'articles au débit et au crédit produit une erreur de calcul ; car le solde du compte se réfère à ces articles, et en suppose l'exactitude. Si donc quelques articles ont été omis, ou mis de trop matériellement, il y a virtuellement erreur matérielle de calcul, par conséquent mécompte, soit que l'on se trompe dans la supputation du chiffre, soit que l'on se trompe par omission ou par exagération de chiffres à poser (1).

Il en est de même du faux emploi. Or il y a faux emploi, lorsque dans un compte on se sert d'une pièce de comptabilité, ou fausse ou étrangère au compte. Il est évident que par là on augmente le crédit ou le débit ; que dès lors la balance se trouve erronée, ne présente pas le véritable cacul.

Ce que l'on vient de dire de l'omission et du faux emploi, n'est pas moins vrai du double emploi, qui consiste à faire figurer au compte deux fois le même article, d'où il suit un calcul inexact dans le solde.

Pourvu donc qu'on entende bien ce qu'est une erreur

(1) Dans une haute antiquité, pour faire un compte, on se servait de petites pierres (*calculi*), en place des chiffres dont nous nous servons aujourd'hui. *Sciendum est*, dit Dumoulin (in Inst. lib. 1, Cod. tit. 26) *quòd quamvis variè sit usurpatum nomen calculi apud veteres, hic tamen accipi pro ratione seu computatione, eò quòd veteres lapillis quibusdam levibus seu positis in rationibus modo ineundis usi sunt, quemadmodùm hodiè uti solemus* nummis nummulariis, c'est-à-dire, des jetons au moyen desquels les banquiers faisaient leurs comptes, et qui avaient retenu le nom de *calculi*. Nous nous en servons aujourd'hui même pour compter dans certains jeux. Lors donc que le comptable ou le banquier avait posé (*in rationibus*) une petite pierre, ou un jeton de plus ou de moins qu'il ne fallait, il y avait *error calculi*, sans qu'il y eût cependant aucune erreur dans la supputation des nombres de convention que marquaient les jetons ou les petites pierres.

Digitized by Google

de calcul, elle constitue l'unique cause d'un redressement.

312. — Du reste, la rectification fondée sur ce motif peut être demandée :

Soit que le compte comprenne une ou plusieurs opérations, *sive ex uno contractu, sive ex pluribus* (*error*) *emerserit*, ou qu'il se compose de plusieurs comptes particuliers dont les divers soldes forment les articles d'un compte général (1) ;

Soit qu'une ou plusieurs rectifications aient déjà été faites, et que l'on découvre ensuite de nouvelles erreurs : *Eatenùs retractatur rationum subductio, quatenùs erratum fuit ;*

Soit que le compte ait été non-seulement arrêté, mais soldé par le débiteur, ou que ce dernier ait promis d'en payer le solde. Car le payement du solde, ou l'engagement de le payer, en se référant à des articles erronés, participe de l'erreur même du compte : *Quià tunc eodem errore censetur secundus actus factus esse, sicut primus.*

En un mot, il y a lieu à redressement dans ces cas, c'est-à-dire le compte n'est à l'abri d'une rectification, qu'autant qu'il est pur de toute erreur.

Cette règle néanmoins est sujette à trois exceptions :

1° Lorsque, doute existant s'il y a erreur ou s'il n'y en a pas, les parties ont transigé sur ce doute lui-même ;

2° Lorsque la question de savoir s'il existe des erreurs, omissions, faux ou doubles emplois, a été soumise au juge, et qu'elle a reçu une solution.

(1) V. D. P. 34, 1, 103, arrêt de la Cour de cassation, jugeant qu'on ne revise pas un compte, en rectifiant les erreurs des comptes particuliers, au lieu de se borner à en déduire le montant du compte général.

Digitized by Google

Dans ce cas, le juge peut s'être trompé en fait, avoir mal jugé en droit ; mais, pas de rectification possible, car autre chose est *transigere, judicare per errorem*, autre chose *transigere, judicare de errore*. Si donc une autre voie n'est ouverte pour faire réformer la transaction ou le jugement, respect est dû à la chose jugée : *Res judicata pro veritate habetur* (1).

3° Lorsque l'erreur est co uverte par la prescription.

Mais, pour opérer cette prescription, quel laps de temps est requis ? Est-ce celui de 10, 20 ou 30 ans ? On a pensé que l'action en lief d'erreurs est prescrite par 10 ans, et l'on s'est fondé par analogie sur l'art. 1304 du Code civil. Mais quelle analogie entre une action en nullité ou en rescision d'une convention, et une demande qui a pour objet la rectification d'une ou de plusieurs erreurs de calcul ? D'un autre côté, la disposition de l'art. 1304 n'est-elle pas exorbitante, introduite *contrà rationem juris*, et peut-elle s'étendre à des cas autres que ceux pour lesquels elle a été faite, ou à un autre ordre de choses ? Or cet article n'a évidemment pas entendu statuer en matière de comptes, et surtout de comptes commerciaux.

On ne peut donc appliquer à l'espèce proposée que la prescription de 30 ans, parce qu'étant d'ordre public (*bono publico introducta*), cette prescription embrasse toutes les matières, toutes les actions qui ne sont pas régies par une prescription plus courte. La circonstance que des lettres de change ou des billets à ordre, prescriptibles par cinq ans, font partie du compte, n'empêche pas que la prescription trentenaire ne soit la seule opposable.

Ainsi, il faut dire avec le jurisconsulte Modestinus : *Calculi erroris retractatio etiàm post decennii aut vicennii*

(1) V. Favard, v° *Compte* ; arrêt de Bourges ; D. P. 33, 2, 101.

Digitized by Google

tempora admittitur (L. 8, D., *De adm. rer. ad civit. pertin.*).

313. — La demande en lief d'erreurs consistant à signaler certains articles soit du débit, soit du crédit ou de l'un et de l'autre comme entachés d'erreurs, d'omissions, de faux ou doubles emplois, soumet celui qui la forme à la justifier : *Actori incumbit onus probandi.* Cette preuve peut être faite par tous moyens propres à manifester la vérité ; la raison et la loi commerciale n'en excluent aucun. Non-seulement il est permis de tirer argument des pièces déjà produites, sans qu'on puisse opposer qu'elles ont reçu jugement ; on peut même en produire de nouvelles, et le juge doit y avoir égard, à moins que la partie qui les produit ne les ait frauduleusement retenues lors de la reddition ou du débat du compte, pour se ménager les moyens de renouer le procès, ou par quelque autre motif que la bonne foi désavoue. Un rendant avait demandé, et le juge lui avait refusé l'allocation d'une dépense non justifiée. Le comptable en possédait pourtant la pièce probante. Pourquoi ne l'avait-il pas produite ? Parce que cette même pièce prouvait aussi, ce qu'il déniait dans une autre instance, qu'il était débiteur du père de l'oyant, sur lequel père il acheta plus tard, et probablement à bon marché, une créance qui fît compensation. La pièce nouvellement produite ne pouvait donc plus lui nuire, et elle prouvait l'erreur dont il demandait le redressement. Mais il l'avait retenue par un mauvais motif, *malo more gestum fuerat ;* et s'il souffrait préjudice, il le souffrait par sa faute. La loi n'ayant rien prescrit sur le mode du relief d'erreurs, il était permis au juge de voir une fin de non-recevoir dans la morosité et la mauvaise foi du rendant. En cette matière, le juge commercial peut aussi admettre la preuve

Digitized by Google

testimoniale, et se décider par les présomptions. Au reste, l'erreur se répare aux frais du rendant, parce que, comme le dit Bornier, *c'est à lui de faire les choses bonnes*, à moins que l'oyant n'élève de mauvaises contestations, ou n'ait, par son fait, occasionné cette erreur.

314. — Mais si aucun compte n'a été dressé, précisant les sommes et leur cause ; si l'une des parties reconnaît simplement devoir pour solde de compte, ou si elle reconnaît avoir reçu le solde d'un compte réglé, il est évident que toute voie est fermée à un redressement. Car il n'est pas possible, sans refaire le compte qui a été réglé ou supposé réglé, et qui se trouve mentionné dans la reconnaissance du solde dû ou payé, d'indiquer de quels articles se compose le solde du règlement reconnu, ni par suite de prouver en quoi ces articles sont erronés. Quand donc, au lieu d'un compte établi et signé des parties, il n'existe qu'une reconnaissance ou une quittance du solde, point de redressement possible ; hors le cas d'un dol prouvé, les parties sont réputées avoir transigé sur les erreurs, omissions, faux ou doubles emplois qu'elles ont pu commettre.

Digitized by Google

§ III.

DU COMPTE COURANT.

SOMMAIRE.

315. Pour l'intelligence de la matière, on doit faire abstraction du *negotiorum gestor*, du *negotiorum susceptor*, du dépôt régulier ; pourquoi.

316. Deux commerçants peuvent être en compte par *débit* et *crédit*, sans qu'ils soient pour cela nécessairement en *compte courant*.

317. Du caractère distinctif de ce dernier compte ; tout compte et toute opération donnant lieu à un compte sont, comme tout contrat, l'effet d'une volonté mutuelle ; mais quel que soit l'objet d'un compte, les sommes ou valeurs se trouvent forcément dans l'une de trois hypothèses ; quelles sont ces hypothèses ; les deux premières produisent le même effet dans la comptabilité ; il ne faut pas les confondre avec la troisième ; la distinction est fondamentale.

318. Exemple d'un compte où il y a *débit et crédit*, et qui pourtant n'est pas un *compte courant ;* c'est un compte de gestion se soldant *par appoint*.

319. Autre exemple d'un compte par *débit et crédit*, où il y a même transport de la propriété des effets remis, et qui néanmoins n'est encore qu'un compte de gestion.

Digitized by Google

320. Troisième exemple qui rend sensible *un compte courant* établi entre parties, et en marque la différence avec les deux précédents comptes.

321. Toutes valeurs commerciales ou non commerciales peuvent entrer en compte courant, pourvu qu'on s'en dessaisisse à l'unique fin d'en être crédité chez le correspondant.

322. Le compte courant est applicable à toutes sortes d'opérations, et peut intervenir entre commerçants d'une même localité, comme entre personnes qui n'ont pas une même résidence; ce qu'est la convention de travailler en compte courant, ses avantages; seule, elle ne constitue pas le compte courant; il faut une chose et sa tradition.

323. Toutefois, la propriété d'une valeur remise peut être transférée sans convention antérieure de compte courant, et sans qu'il y ait remise des deux côtés; exemple; quand et comment, en ce cas, les parties peuvent, sans convention expresse, passer à l'état de compte courant.

324. Résumé : ce qui distingue essentiellement le compte courant de tous les autres comptes du commerce; question agitée lors de la discussion de la loi de 1838 sur les faillites; comment il y fut répondu; courte observation sur la solution donnée.

325. Du reste, l'existence d'un compte courant n'empêche pas que chacun des correspondants ne puisse remettre à l'autre des valeurs dont il conserve la disposition et la propriété; elles peuvent même être inscrites au compte courant, mais elles n'en subissent pas l'effet propre; exemple.

326. En quoi consiste l'effet propre du compte courant; comment et par quel mode il opère compensation; conséquence du transport de la propriété des effets remis.

327. C'est en vertu du compte courant que la propriété en est transmise; il n'importe que l'endossement soit régulier ou irrégulier.

328. Pour faciliter la tenue et les résultats du compte courant, les commerçants pratiquent certaines écritures ; néces-

Digitized by Google

saires à la comptabilité, ces écritures ne sont pas le compte courant lui-même.

329. Définition du compte courant.

330. Explication des choses qui sont de l'essence de ce contrat : 1° il faut qu'il y ait remise d'une somme d'argent ou d'une valeur ; la remise peut être immédiate ou médiate ; exemples du premier cas; exemples du second.

331. 2° Il faut que la somme ou valeur soit remise en toute propriété, et qu'il soit libre à celui qui la reçoit d'en disposer comme de sa chose.

332. 3° Que la remise ait lieu à charge d'en *créditer* le remettant.

333. 4° Sauf règlement par compensation, à due concurrence, des remises respectives sur la masse entière du débit et du crédit.

334. 5° Que la volonté réciproque intervienne sur toutes ces choses.

335. Inexactitude de la définition que M. Merlin donne du compte courant ; obscurité de celle que donne M. Pardessus ; erreur où ce défaut de clarté a conduit ce dernier auteur ; tant que le compte est courant, il n'y a pas un créancier et un débiteur *selon l'acception de ces mots en droit;* il y a seulement un crédité et un débité *selon l'acception de ces termes en tenue de livres ;* quand et à quelle condition il y aura un débiteur, *dans le sens légal de l'expression;* quelles remises entrent en compensation ; exemple d'une remise passée frauduleusement en compte courant ; ce que doivent faire, en cas de faillite, les syndics et le juge commissaire lors de la vérification des comptes courants.

336. Il est de la nature du contrat de compte courant : 1° qu'il ne soit donné crédit des remises en papier que *sauf l'encaissement;*

337. 2° Que chaque remise porte intérêt, entre commerçants, à 6 p. 100 par an, à dater du jour de l'encaissement ; la commission, allouée par l'usage, quoique non due *stricto jure*, n'est pas un accroissement usuraire des intérêts ; la manière de régler les intérêts, telle qu'elle

Digitized by Google

est indiquée dans la définition, est la seule compatible avec la nature du compte courant.

338. 3° Que le solde du compte soit exigible à volonté. Pendant que le compte est courant, à quelle époque est-il permis, par des règlements provisoires, de capitaliser les intérêts? L'usage adopté par plusieurs commerçants de capitaliser les intérêts tous les six mois, par quelques-uns même tous les trois mois, est une pratique usuraire.

339. Les pactes accessoires ou clauses accidentelles du contrat peuvent varier au gré de la volonté mutuelle des parties, pourvu qu'ils ne soient pas contraires aux bonnes mœurs et aux lois d'ordre public; exemple d'un pacte illicite de cette espèce; exemple de clauses accidentelles permises à la convention des contractants.

340. On a enseigné que le compte courant se compose de prêts partiels et successifs; réfutation de cette doctrine; le compte courant est une opération de commerce *sui generis*.

315. — Pour l'intelligence de cette matière qui ne laisse pas que d'avoir ses difficultés, deux choses sont indispensables : il faut d'abord faire abstraction, non-seulement du *negotiorum gestor* et du *negotiorum susceptor*, desquels la comptabilité ne peut évidemment pas être un compte courant, puisqu'ils agissent à l'insu de celui dont l'affaire est gérée, ou en vue de qui une affaire est faite, mais encore du dépôt régulier non moins évidemment étranger à un tel compte; en second lieu, se rappeler ce que nous avons dit n°s 9 et suivants, que, dans le dépôt irrégulier, la propriété de la chose déposée passe au dépositaire, à charge de la rendre *in dividuo* en même nombre ou quantité. C'est ce que nous pourrions appeler la clef du compte courant.

316. — Cela dit, dès que deux commerçants sont en

Digitized by Google

relations suivies d'affaires, il s'établit entre eux des comptes par débit et crédit. Ces comptes n'ont pas seulement pour but de constater la nature et la date des opérations que les deux commerçants feront réciproquement l'un avec l'autre ; ils serviront, en outre, à établir la compensation des sommes que les correspondants s'entredevront pour ces mêmes opérations, en sorte que, balance faite, la différence du débit au crédit constituera le solde ou *appoint* que l'un pourra devoir. Il n'est pas d'affaire, pas de négociation qui ne puisse devenir l'aliment d'une telle comptabilité. Mais de ce que deux commerçants sont en compte par *débit* et *crédit*, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'ils sont en compte courant. On l'a enseigné, on l'a même jugé ; mais c'est une erreur.

317. — Quel est donc le caractère distinctif de ce dernier compte ? Essayons de l'expliquer.

Tout compte et toute opération donnant lieu à un compte ne peuvent, comme tout pacte et tout contrat, être entre deux commerçants que l'effet de leur mutuelle volonté, laquelle se diversifie selon la diversité des fins qu'ils se proposent. Mais, quel que soit l'objet d'un compte, les sommes ou les valeurs qui l'alimentent se trouvent forcément dans une de ces trois hypothèses : ou le propriétaire a donné l'ordre de tenir ces sommes ou le produit de ces valeurs à sa disposition, et alors nul transport de la propriété ; c'est un vrai dépôt ; ou il les a affectées *in dividuo* à quelque payement déterminé, et, dans ce cas, transport de la propriété, mais avec la même charge que celle imposée au dépositaire dans l'espèce d'un dépôt irrégulier ; ou il en a transmis la propriété à son correspondant, à la seule condition que celui-ci s'en reconnaîtra débiteur, c'est-à-dire s'en *débitera* par le *crédit* du remettant. Ce

Digitized by Google

sont trois cas, dont les deux premiers se confondent en ce sens qu'ils produisent le même effet dans la comptabilité; mais gardons-nous de les confondre avec le troisième. Le résultat en est tout différent. Des exemples rendront sensible cette distinction fondamentale.

318. — 1° Ayant indiqué le domicile de Salomon comme lieu de payement d'un ou de plusieurs billets que j'ai consentis, ou de traites qui seront fournies sur moi, si je lui remets quelque somme ou valeur dont une partie soit destinée au payement de mes obligations, et l'autre partie doive être employée pour mon compte, *v. g.*, en un achat de sucres au cours du jour ou du lendemain de l'encaissement, Salomon me devra un compte dans lequel il me créditera de ce que je lui ai remis, et me débitera des sommes qu'il aura payées tant pour les sucres que pour les billets ou traites, et, en outre, de son droit de commission. Voilà donc un compte où il y a *doit* et *avoir*, *débit* et *crédit*, et pourtant ce compte ne sera pas un *compte courant;* c'est un compte de gestion qui se soldera *par appoint*, c'est-à-dire que Salomon se remboursera selon nos conventions, *v. g.*, par une traite sur moi, ou, à défaut de convention, suivant l'usage, de son droit de commission que nous supposons, dans l'espèce, être toute la différence entre le débit et le crédit. Ainsi les effets acquittés et les sucres achetés m'étant envoyés ou tenus à ma disposition, l'opération se trouve entièrement terminée. Vingt comptes de cette espèce à la suite les uns des autres ne constitueraient pas un compte courant, mais autant de compte de gestion. Ponrquoi? parce que, d'une part, Salomon n'a pas eu un seul instant la propriété des sommes ou valeurs que je lui ai remises, et que, d'une autre part, je lui en avais prescrit un emploi déterminé.

Digitized by Google

319. — 2° Si, Pierre habitant un pays de vignobles, je le charge d'acheter pour mon compte des vins quand il jugera le moment favorable, et que, à l'avance, je lui remette des effets de commerce payables dans ses environs, et portant intérêt du jour de leur encaissement (opération de tous les jours dans le commerce), il y a, dans cette espèce comme dans la précédente, affectation de ma remise à un emploi déterminé; mais il y a aussi, ce qui n'existe pas dans l'autre espèce, transport de la propriété de mes effets, car, puisque l'intérêt m'en sera dû à partir de l'encaissement, il faut bien que Pierre puisse en user pour son propre compte, jusqu'à ce qu'il trouve à en employer la valeur pour le mien, conformément à mes instructions.

Cet emploi une fois fait, c'est-à-dire, les vins achetés, *v. g.*, un mois après l'encaissement, Pierre me devra un compte dans lequel il me créditera du montant de ma remise et des intérêts pendant trente jours, puis me débitera du prix des vins, frais d'expédition, droit d'octroi, de douane, etc., et de son droit de commission. Voilà donc un autre compte dans lequel il y a *crédit* et *débit*, *doit* et *avoir*, et néanmoins ce n'est encore qu'un compte de gestion qui, comme le précédent, se soldera *par appoint*. Pourquoi n'y a-t-il pas compte courant, quoique j'aie transporté à Pierre la propriété de mes effets? C'est qu'à l'instant même de ce transport j'ai spécialement affecté le produit futur de ma remise à un payement déterminé, celui des vins que Pierre devait acheter pour moi, à une époque plus ou moins éloignée de celles des encaissements, et que les circonstances détermineraient.

A la vérité, pendant tout le temps intermédiaire, mon correspondant a eu le *dominium* des valeurs que je lui avais remises, comme il l'aurait eu dans l'espèce d'un

Digitized by Google

dépôt irrégulier (V. n° 9) ; mais son obligation, contractée au moment même de la réception de mes effets, d'employer pour mon compte spécialement en un achat de vins, non pas identiquement le produit des effets, mais une somme numériquement égale à ce produit, le rendait comptable envers moi de cet emploi convenu. Or, dès qu'une telle convention existe, le compte qui s'ensuit est manifestement un compte de gestion.

320. — 3° Mais si, lorsque j'adresse à Jacques des effets sur ses environs ou sur tout autre endroit, il est de convention entre nous qu'il m'enverra en retour, non pas spécialement telle ou telle nature ni telle ou telle quantité de marchandises que je lui désigne dès à présent, et que je le charge d'acheter pour mon compte, mais les marchandises, telles quelles, que je pourrai lui demander dans la suite (*in posterum*), et que ces négociations soient destinées à se renouveler durant un temps que nous ne limitons pas, sans règlement spécial pour chacune d'elles individuellement, mais sauf à les considérer et à les régler un jour dans leur ensemble par la compensation des unes avec les autres; alors il s'établira entre nous ce qu'on appelle un *compte courant*.

Dans une telle convention, à la différence des deux précédentes, ce n'est pas pour mon compte que Jacques achètera la marchandise; il l'achètera pour son propre compte s'il n'en est déjà propriétaire, dans le but de m'en transmettre la propriété, comme objet de compensation lors du règlement de nos négociations. Le résultat est qu'il a échangé ses marchandises contre mes effets, moi, mes effets contre sa marchandise, et que chacun de nous créditera l'autre des valeurs que celui-ci lui a envoyées. En dernière analyse, comme chacun des deux correspondants

Digitized by Google

n'aura géré que sa propriété, aucun d'eux n'est le comptable de l'autre. Ils auront seulement à compter ensemble. Ainsi le compte courant est un enchaînement d'opérations par échange qui, *au bout du compte*, se fondront toutes en une seule opération.

321. — Commerciales ou non commerciales, toutes les valeurs dont la propriété est susceptible de transmission peuvent entrer dans un compte courant, par exemple, le prix d'un hôtel que je vends à Jacques mon correspondant. Quand je remets à un banquier des effets que je le charge de recouvrer, et du montant desquels je le débite avec condition qu'il m'en créditera, et m'en fera les retours en d'autres valeurs dont je le créditerai de mon côté ; ou bien encore si je vous remets une lettre de change, un billet à ordre, etc... sur Nantes, et que vous me remettiez pareilles valeurs, soit sur Brest où je réside, soit sur toute autre place à ma convenance ; en un mot, quand nous nous faisons réciproquement des remises en quelques valeurs que ce soit, sans retenir la disposition de leur produit, ni en faire l'objet d'une affectation spéciale à quelque payement déterminé, mais à l'unique fin actuelle d'en être crédité chez le correspondant, il y a *compte courant : Res abiit in creditum.*

Ce n'est pas sans de grands motifs que le commerce a pu inventer un compte par lequel un commerçant échange une valeur présente et certaine, souvent même de l'argent comptant, contre un simple crédit toujours plus ou moins sujet à défaillir, car on peut dire aussi *res abiit in periculum.* L'expérience est là. Mais d'immenses avantages rachètent cet inconvénient, contre lequel d'ailleurs l'homme prudent se précautionne le plus qu'il peut, par le choix d'un bon correspondant.

Digitized by Google

322. — Le compte courant est applicable à toutes sortes d'opérations, et peut, sans nul doute, intervenir entre commerçants habitant une même localité. Mais, en général, il se forme entre personnes dont la résidence n'est pas la même. Il fut, dans le principe, et il est encore l'expression d'un besoin. Quand deux commerçants se proposent de travailler en compte courant, l'un dit expressément ou implicitement à l'autre : « Les valeurs que j'aurai « sur votre place ou sur vos environs, recouvrez-les et « usez-en pour vos propres affaires, à votre volonté; de mon « côté, j'userai de la même manière des valeurs que vous « aurez sur la place où je réside. Par ce moyen, nuls frais « ni nuls risques de négociations de papier, et nous ren- « trons dans nos capitaux sans perte d'un seul instant. « Seulement il est entendu que nous nous donnerons ré- « ciproquement crédit de ce que nous aurons encaissé par « suite de nos cessions respectives de créances, et de tout « ce que nous aurons reçu l'un de l'autre. Aucune des « sommes qui entreront dans notre compte n'aura d'em- « ploi spécial. Toutes viendront augmenter le crédit de « celui qui les remettra, et deviendront, en conséquence, « la propriété de celui qui les aura reçues. Elles ne seront « pas considérées isolément, mais se réuniront avec les in- « térêts dont nous conviendrons, en deux masses ou to- « taux, sous les dénominations de *débit* et de *crédit*, et « c'est la différence entre ce crédit et ce débit qui seule « constituera la créance en faveur de l'un de nous. » Si la proposition est agréée, il y a convention de *compte courant*.

Mais cette convention ne constitue pas le compte courant. Elle ne le constitue pas plus que la convention de prêter ne constitue le prêt, ni celle de faire un dépôt, le dépôt. Il faut une chose et sa tradition. Sans cela point

Digitized by Google

de crédit ni de débit possibles : *Creditum fit re, datione, numeratione, alienatione dominii, non nudâ pactione* (Cuj., L. 84, D., *Mand. in Afric. tract.*). Si donc aucune remise n'est faite de part ni d'autre, jamais le compte courant convenu n'aura eu d'existence.

323. — Toutefois, la propriété d'une valeur remise peut être transportée à celui qui reçoit cette valeur, sans qu'il soit besoin d'une convention antérieure de compte courant, ni qu'il y ait eu remise des deux côtés. Par exemple, si, en vous remettant une lettre de change sur Jacques, je ne vous dis pas expressément ou équivalemment d'en garder la valeur à ma disposition, ou d'en faire tel ou tel emploi déterminé, vous devenez propriétaire de la lettre de change, et le serez de sa valeur quand vous l'aurez recouvrée. Ce ne sera pas, il est vrai, en vertu d'un compte courant, puisqu'il n'existe entre nous ni compte courant, ni convention de compte courant ; ce sera en vertu du dépôt irrégulier, lequel, ainsi qu'on l'a vu n° 9, est, de plein droit, translatif de la propriété ; et, comme l'espèce suppose que vous ne m'avez rien remis, *per rerum naturam*, il n'y a pas ici lieu à la compensation, du moins à celle qui se pratique en compte courant, par la raison bien évidente qu'il n'y a qu'un créditeur et un débité.

Mais si, après avoir reçu ma lettre de change sur Jacques, vous me remettez de la même manière, *v. g.*, un billet à ordre sur Salomon, nous passons à l'état de compte courant, bien que nous n'en fussions pas antérieurement convenus, parce que le fait lui-même en implique la convention. *Nil interest animus declaretur verbis an facto.*

324. — Une chose bien simple distingue donc essen-

Digitized by Google

tiellement le compte courant de tous les autres comptes usités dans le commerce : c'est lorsque le remettant transporte la propriété de la chose remise sans ordonner que le produit de cette chose soit tenu à sa disposition, ni prescrire un emploi déterminé pour son compte, soit de ce produit lui-même *in specie*, soit d'une somme numériquement égale à ce produit.

Lors de la discussion de la loi du 28 mai 1838, on agita le point de savoir quand on peut revendiquer une remise se trouvant en nature dans le portefeuille du failli ; et l'honorable député M. Sevin-Moreau répondit en substance : la seule question à examiner est de savoir si la propriété a été transférée, ou ne l'a pas été ; au cas de l'affirmative, point de revendication ; il y a compte courant (V. *Moniteur* du 6 avril 1838, p. 811, n° 96). Cette proposition est trop restrictive. On a vu, en effet, dans le deuxième exemple ci-dessus proposé, que, si je remets à mon correspondant, *v. g.*, des billets à ordre, à charge par lui de m'acheter des vins quand il jugera le moment favorable, ces billets n'entrent point en compte courant, mais dans un compte de gestion. Il y a cependant transport de la propriété; il le faut bien, puisque le correspondant m'en payera l'intérêt. Mais à ce transport de propriété se joint une condition, celle de m'acheter des vins pour une somme égale au produit de mes effets, et c'est tout ce qu'il faut pour que je sois réputé en avoir spécialement affecté la valeur à un payement déterminé. Tel est le vrai sens de l'art. 574, et c'est ainsi qu'il est entendu dans le commerce.

325. — Au reste, l'existence d'un compte courant n'empêche pas que chacun des correspondants ne puisse remettre à l'autre des valeurs dont il conserve la disposi-

Digitized by Google

sition et la propriété. Rien n'empêche même qu'elles ne soient inscrites au compte courant. Mais, nonobstant cette inscription, elles ne subiront l'effet propre d'un tel compte, que jusqu'à concurrence de la somme dont le remettant ne se sera pas réservé la propriété, soit en l'affectant à quelque payement spécial, soit en donnant l'ordre de la garder à sa disposition. Si donc, en vous remettant sur Jacques un effet de 6,000 fr., je vous mande d'en employer 3,000 à l'acquit d'un billet que j'ai souscrit payable à votre domicile, l'inscription de cette remise au compte courant ne m'y donnera crédit que de 3,000 fr., parce que je ne vous en ai transmis la propriété que jusqu'à concurrence de cette somme. Les trois autres mille francs seront compris dans le compte de la commission que je vous ai donnée.

326. — Maintenant en quoi consiste cet effet propre du compte courant? Principalement « dans l'épargne réci- « proque des frais et des risques de négociations de pa- « pier, » et ce but final des deux correspondants, ils y arrivent par la compensation, qui n'est elle-même qu'une conséquence de la transmission de propriété. L'accomplissement de cette fin leur est d'une extrême utilité; car, de même que, par la lettre de change, deux places qui se doivent mutuellement, s'acquittent de leur dette respective, sans autre transport de fonds que de l'excédant d'une dette sur l'autre après compensation, ainsi, en vertu de la compensation qui s'opère en compte courant, chacun des correspondants paye ce qu'il doit à l'autre et rentre dans ce qui lui est dû, sans déplacement de fonds, sans négociation de papier, sauf le solde de compte quand un règlement définitif vient y mettre fin (1).

(1) Le compte courant n'est pas de nouvelle invention. Les *argen-*

Digitized by Google

Mais le mode de compensation est un mode particulier au commerce. A mesure que des remises sont reçues, cette compensation toute commerciale opère en grand et non par partie, sur les totaux et non sur un ou plusieurs articles considérés individuellement, du débit et du crédit, c'est-à-dire que telle ou telle remise faite par l'un des correspondants n'est pas affectée à l'extinction de telle ou telle remise qu'il a reçue. S'il en était ainsi, le compte cesserait d'être *courant*, du moins quant aux remises qui auraient été ainsi compensées. Au lieu de cela, quand on en vient à règlement définitif, ou même lors de l'envoi périodique que les correspondants se font d'un extrait de leur compte courant, on balance tout le crédit et tout le débit pour connaître le résultat matériel de la compensation générale. Une remise n'acquitte donc pas l'obligation produite par une autre remise.

tarii le pratiquaient à Rome; on exprimait le crédit et le débit par les locutions *acceptum ferre, expensum ferre*. Mais le pratiquait-on avec le correspondant d'une autre place ? Il y a tout lieu de le croire. La loi 5 D., *De præscript. verb.*, offre l'espèce d'un pacte dans lequel nous nous promettons mutuellement de faire, chacun à ses propres frais, et en vertu d'une sorte de mandat réciproque, vous, le recouvrement de mes créances à Carthage, moi, le recouvrement des vôtres à Rome : *Si pacti sumus*, porte cette loi, *ut tu à meo debitore Carthagine exigas, ego à tuo Romæ... In hanc speciem quodammodo mandatum intervenisse videtur sine quo exigi pecunia aliena alieno nomine non potest. Quamvis enim, et impendia sequantur, tamen mutuum officium præstamus.* Voilà bien, mot pour mot, ce qui se pratique en fait de compte courant (V. Brisson, lib. 6, p. 599 et 600).

Que faut-il de plus pour que ce soit tout à fait le compte courant? Une seule chose : la compensation. Or rien de plus naturel. Quand le Carthaginois devait, *v. g.*, 10,000 sesterces au Romain qui lui en devait autant, il n'est pas à croire qu'il les lui envoyait pour que le Romain les lui renvoyât, après s'être donné la très-inutile satisfaction de les voir, avec l'embarras de les compter et de les réexpédier. Pourquoi les frais et les risques d'un tel transport ? Il était si simple de se tenir pour quittes !

Digitized by Google

Une seconde conséquence du transport de propriété, c'est la novation, le cas échéant, de l'obligation précédemment contractée par celui à qui la remise est faite. Or, si faillite arrive, cette novation est grandement à considérer. Par exemple, lorsque, tenant à votre disposition les valeurs dans lesquelles on m'a réglé le prix de la vente de vos marchandises, je demande des ordres à cet égard, et que vous me répondez de garder ces valeurs en compte courant, ou de les porter à notre compte courant, je cesse d'être débiteur en qualité de commissionnaire, et deviens simplement débité par votre crédit dans notre compte courant. Si donc ce compte balance en votre faveur le jour de ma faillite, vous y viendrez, pour votre solde, comme simple créancier, sans pouvoir revendiquer ces mêmes valeurs. Pourquoi? Parce que vous m'en avez transmis la propriété, sans affectation à aucun emploi déterminé.

Après que j'ai accepté à découvert, et payé de vos traites, nous convenons que l'importance en sera passée en compte courant. Vous ne me devez plus rien en vertu de mon acceptation et du payement que j'ai fait. Votre obligation s'est fondue dans le crédit que vous m'avez donné. Par conséquent, si nous restons plus de cinq ans sans arrêter notre compte courant, vous ne pourrez m'opposer la prescription établie par l'art. 189 du Code de commerce, parce que, à votre dette primitive, nous avons substitué un article de compte courant, et, bien que vous me deviez le solde de ce compte qui balance en ma faveur par une somme précisément égale au montant de vos traites, on ne peut pas dire que ce soit la somme que j'avais accepté de payer, et que j'ai payée pour vous.

Digitized by Google

327. — Après tout, quand des valeurs sont remises en compte courant, c'est en vertu du compte courant que la propriété en est transmise. Il n'importe donc en rien que l'endossement soit régulier ou irrégulier. Il y a tradition avec juste titre, et c'est tout ce qu'exige le transport de la propriété. Vainement dirait-on qu'à l'égard des tiers, *v. g.*, de la masse du crédité failli, le cessionnaire n'est saisi de plein droit que par un endossement contenant toutes les énonciations que la loi a prescrites. La maxime *simple transport ne saisit*, passée du droit coutumier dans la législation civile, n'est pas reçue en droit commercial (V. n° 250). D'ailleurs l'endossement lui-même n'est qu'une forme, et la transmission de la propriété n'y est attachée que parce qu'il constate, outre la tradition, une juste cause préexistante de tradition. Or, c'est l'état de compte courant et le fait de la remise de valeurs destinées à y entrer, qui font que, *procurator in rem suam*, le correspondant auquel ces valeurs sont envoyées en est saisi et peut en disposer *uti voluerit*. Les tiers ne peuvent donc méconnaître un fait accompli, ni une convention antérieure qui convertit ce fait en droit.

328. — Tels sont, suivant la loi et l'usage du commerce, le but et les principaux effets du compte courant. Pour en faciliter la tenue et le règlement, les commerçants pratiquent certaines écritures dont il n'entre pas dans notre sujet d'expliquer la diposition. Il suffit d'ailleurs d'examiner avec quelque attention un modèle de compte courant, pour en comprendre le mécanisme aussi simple qu'il est ingénieux. Mais, nécessaires à la comptabilité, ces écritures ne sont pas le compte courant lui-même. Si donc on y a compris ce qui n'y devait pas entrer, ou si l'on n'y

Digitized by Google

a pas fait entrer ce qui devait y être compris (double hypothèse qui se réalise trop souvent à l'approche des faillites), autant d'erreurs et de faux emplois dont les parties intéressées peuvent demander la rectification. Quand on travaille en compte courant, rien ne peut être utilement passé en compte courant, contre l'essence du compte courant.

Néanmoins, si ces écritures ne sont pas le compte courant, elles peuvent servir à prouver une convention de compte courant, ainsi que nous l'avons dit n° 323 ; mais il faut que ces écritures soient passées des deux côtés, parce qu'il ne peut dépendre de personne de former une convention par sa seule volonté.

329. — D'après ces explications, on peut définir le compte courant un contrat par lequel l'un des contractants remet à l'autre contractant, ou reçoit de lui de l'argent ou des valeurs non spécialement affectés à un emploi déterminé, mais en toute propriété, et même sans obligation d'en tenir l'équivalent à la disposition de celui qui remet, en un mot, à la seule charge par celui qui reçoit d'en créditer le remettant, sauf règlement par compensation à due concurrence, des remises respectives sur la masse entière du crédit et du débit.

330. — Cinq choses sont donc de l'essence de ce contrat : Il faut : 1° qu'il y ait remise *d'une somme d'argent ou d'une valeur ;* cela est évident. *Si l'un des correspondants était crédité sans avoir fait une telle remise*, c'est-à-dire, *sans cause ni valeur*, ce qui n'est pas sans exemple en cas de faillite, *il n'y aurait pas de compte courant*, parce que le compte courant, pas plus qu'aucun autre compte, ne peut exister sans la matière nécessaire à sa forma-

Digitized by Google

tion. Mais la remise peut être immédiate ou médiate.

La remise est immédiate, *v. g.*, si je remets ou envoie à mon correspondant lui-même de l'argent ou des valeurs en lettres de change, billets à ordre, bons du Trésor, bons d'Espagne, ou autres titres pouvant se réaliser ou être convertis en espèces. La remise est immédiate, encore, *v. g.*, quand j'écris à mon commissionnaire qui a vendu ma marchandise d'en garder le produit en compte courant entre nous. Il y a, en ce cas, remise de la somme *traditione brevis manûs*. C'est comme si mon commissionnaire m'eût envoyé cette somme, et qu'ensuite je la lui eusse envoyée ; ce circuit est inutile : *Interdùm et sine traditione, nuda domini voluntas sufficit ad rem transferendam* (Inst., tit. *De rer. div.*, § 46). Enfin c'est encore, par exemple, une remise immédiate lorsque, me trouvant porteur d'un billet à ordre confectionné par vous, je vous le remets acquitté sans en avoir reçu le montant.

La remise est médiate, par exemple, si, de votre ordre je verse pour vous ou pour Salomon, 2,000 fr. chez Jacques. Relativement à vous, le résultat de ce versement est le même que si je vous avais directement remis la somme, et que vous l'eussiez après remise à Jacques. C'est ce qui a lieu également lorsque je paye une lettre de change que vous avez tirée sur moi, sans m'en avoir fait la prévision ; et ce serait encore une remise médiate si, quand j'ai crédit d'une somme de 3,000 fr. dans mon compte courant chez Pierre, je lui mande, d'accord avec vous et lui, de vous en créditer en mon lieu et place. Dans toutes ces espèces et autres semblables, il y a équivalent de remise, ce qui suffit à la matière du contrat.

331. — Il faut 2° que la somme ou la valeur soit remise *en toute propriété*, de telle sorte que celui qui reçoit soit

Digitized by Google

libre d'en disposer comme de sa chose, dès que la tradition lui en est faite. Quand je verse, de votre ordre, 2,000 fr chez Jacques, vous en disposez à l'instant même par l'emploi que j'en fais pour votre compte, comme votre mandataire. Si la somme ou la valeur était remise avec ordre de garder cette somme ou le produit de cette valeur à la disposition du remettant, ou d'employer une somme égale à quelque payement déterminé, ce ne serait pas le compte courant, mais le dépôt dans le premier cas, et, dans le second, le dépôt irrégulier.

332. — 3° Que la remise ait lieu à charge d'*en créditer le remettant*, car c'est dans ce crédit que consiste l'obligation de celui qui reçoit, laquelle est la contre-valeur de ce qui lui est remis. Sans cette obligation, *res non abiret in creditum*. Ce serait un don ou un payement sans cause.

333. — 4° *Sauf règlement, par compensation, à due concurrence, des remises respectives sur la masse entière du débit et du crédit;* parce que la compensation est l'unique moyen de parvenir au but économique que les parties se proposent, et que ce mode de compensation est le seul compatible avec la nature et même avec l'expression de compte *courant* (V. *infrà*, n° 337).

334. — 5° Enfin, il faut que la volonté réciproque intervienne sur toutes ces choses. Si l'une d'elles manque, on vient de le voir, ou il n'y a point de contrat, ou c'en est un autre que celui de compte courant.

335. — Au moyen de notre définition ainsi expliquée, il est aisé de voir combien peu est exacte celle que M. Merlin donne du compte courant (*Questions de droit*, v°

Digitized by Google

Compte courant), lorsqu'il dit que : « C'est le tableau « des lettres de change que les négociants et les banquiers « tirent les uns sur les autres, et des remises qu'ils se « font réciproquement....., et qu'il y a compte courant « toutes les fois qu'il y a *débit* et *crédit*, toutes les fois « qu'il y a *doit* et *avoir*. » D'abord il ne se forme de compte courant qu'autant que les parties ont la volonté d'être en compte courant; en second lieu, alors même qu'elles ont cette volonté, ou plutôt parce qu'elles ont cette volonté, les remises ne peuvent faire article de crédit dans un tel compte, si elles ont été faites par le correspondant, « avec le simple mandat d'en faire le recouvre- « ment et d'en garder la valeur à sa disposition, ou lors- « qu'elles auront été, de sa part, spécialement affectées à « des payements déterminés » (art. 574, C. comm., art. 583 de l'ancien Code) ; en sorte que le propre du compte courant est de ne comprendre que des remises, et de comprendre toutes les remises dont le remettant a abdiqué la propriété *purement et simplement*. Or la définition de M. Merlin n'exprime pas cette distinction essentiellement caractéristique de la chose qu'il prétend définir, et la confusion où il la laisse peut d'autant plus facilement induire en erreur, que l'on a vu, nos 318 et 319, qu'il y a *débit* et *crédit* ou *doit* et *avoir*, dans des comptes très-différents de celui qui porte le nom de compte courant.

Sans avoir précisément le même défaut, la définition de M. Pardessus en a un autre qui n'est pas moindre. Elle manque de clarté. « On nomme compte courant, dit « le savant professeur (t. 2, n° 475), le composé de « tout ce que deux correspondants se doivent réciproque- « ment par lettres de change, mandats, billets ou autres « effets qu'ils tirent l'un sur l'autre, qu'ils se transportent « ou qu'ils acquittent à leur réquisition respective, des

Digitized by Google

« rentrées qui en sont le résultat, en un mot, de tout ce « qui a pour effet de modifier successivement entre eux « les rapports de crédit et de débit. » Tout cela est vrai, et pourtant, si l'on ne sait d'avance ce qu'est un compte courant, on ne le saura guère mieux après avoir lu ce qu'on vient de lire, qu'on ne le savait auparavant. Pourquoi cela? Parce que la définition n'exprime pas nettement la nécessité du transport de la propriété de toutes les valeurs que les correspondants s'entre-remettent. Or ce transport est une condition d'existence du contrat de compte courant.

Ce défaut de clarté a trompé M. Pardessus lui-même; car il dit (*ubi sup.*) : « Le solde d'un compte courant n'est « en substance que le résumé de plusieurs prêts partiels « faits sans aucune limitation d'époque de rembourse- « ment. » Cette proposition est une erreur. Ce n'est pas qu'une somme prêtée ne puisse entrer dans un compte courant, mais chaque remise en compte courant n'est pas plus un prêt partiel, que l'ensemble des remises n'est un prêt en masse ; car il ne peut y avoir contrat de prêt sans la volonté de l'une des parties de prêter et la volonté de l'autre d'emprunter, et telles ne sont certainement pas les volontés de deux négociants qui conviennent de travailler en compte courant. Leur volonté est qu'en contre-valeur des remises en argent, effets ou marchandises, débit ou crédit soit donné, que les sommes débitées ou créditées se compensent, et qu'il ne soit dû que le solde ou l'excédant de la compensation. Voilà le contrat qui certes n'est pas celui d'un prêt multiple. Dans le contrat de prêt, il y a, dès qu'il s'est formé, un créancier et un débiteur, *selon l'acception de ces mots en droit ;* tant que le compte est *courant*, il n'y a qu'un crédité et un débité, *selon l'acception de ces termes en tenue de livres ;* il n'y aura de dé-

Digitized by Google

biteur, suivant la signification légale de l'expression, que quand la volonté ou la faillite de l'un des contractants, ou des deux, aura mis fin au cours de leurs négociations, et que le compte aura été réglé par la compensation convenue des remises faites de part et d'autre. Nous disons convenue, car ce n'est pas la compensation elle-même qui distingue le compte courant ; elle est de droit entre toutes sortes de dettes réciproques ; mais c'est le mode, étranger au droit civil, selon lequel la compensation s'opère dans les comptes du commerce ; et ce qui fait du compte courant un compte éminemment *sui generis*, c'est qu'on n'y peut jamais donner crédit, ni par conséquent faire un objet de compensation, d'une remise dont le propriétaire n'a pas transmis la propriété, ou dont il n'a transmis la propriété qu'à la condition d'employer à un payement déterminé une somme égale au produit de sa remise. Si la chose arrive, il y a erreur ou fraude. Alors il faut extraire l'article hétérogène pour le porter au compte qui devait le comprendre, et où il pourra bien ne pas produire le même effet.

Par exemple, le 1er juillet, jour où vous êtes créditeur de 25,000 fr. dans notre compte courant, je vous remets sur divers pareille somme de 25,000 fr., échéance du 1er août suivant, et je vous écris que je compte employer le produit de ce recouvrement aux réparations de mon navire *le Jupiter* qui ira désarmer en votre port. Le lendemain de ma remise reçue, apprenant que *le Jupiter*, sur lequel j'avais un riche chargement dont les assureurs ont failli, s'est perdu corps et biens, vous me créditez de ma remise, et je manque quinze jours après. Si l'article est bien passé, pas un centime de perte pour vous dans ma faillite ; au cas contraire, vous y serez pour 25,000 fr. Or, pour peu que mes syndics sachent ce

Digitized by Google

qu'est un compte courant, rien de plus facile que de faire annuler cet article de crédit qui aurait dû être porté *à votre compte de commission.* Vous diriez en vain que je ne vous avais pas mandé *expressis verbis* de garder les fonds à ma disposition. Ma lettre prouve à qui veut voir que telle était ma volonté, et vous n'avez pas dû l'entendre autrement, n'étant pas naturel de me supposer celle de vous transporter la propriété d'une somme dont je déclare vouloir me servir, en indiquant l'usage que j'ai le projet d'en faire. Après tout, si vous m'avez mal compris, c'est une erreur qui fait obstacle au consentement mutuel nécessaire pour que ma chose devînt la vôtre. Mes effets seront donc rendus à ma faillite, dans laquelle vous viendrez comme simple créancier pour vos 25,000 fr. Mais, si je n'eusse équivalemment donné l'ordre de garder à ma disposition le produit des effets, ne les ayant pas non plus spécialement affectés à un payement déterminé, ils seraient devenus votre propriété et vous ne perdriez rien, parce que toute remise qui n'a pas reçu cette affectation, ou dont le remettant ne s'est pas réservé le droit de disposer, entre *de plano* dans le compte courant. L'art. 574 le dit implicitement, et tel fut toujours l'usage du commerce.

On voit par là combien les syndics et le juge-commissaire doivent être attentifs à examiner les comptes courants qui leur sont présentés lors de la vérification des créances. Tant que les deux correspondants sont à la tête de leurs affaires, il est rare de voir comprendre dans un compte ce qui doit être compris dans un autre compte. Mais, au cas de faillite, ces *erreurs* sont plus fréquentes, et il n'est pas toujours facile de les découvrir. Il ne suffit donc pas de jeter sur un compte courant quelques regards fugitifs, il faut vérifier le libellé de chacun des articles de

Digitized by Google

crédit et de débit, et, pour cela, rechercher la cause de chaque passement d'écritures; c'est dans les livres, surtout dans celui de correspondance comparé avec les lettres missives reçues par le failli (1), que l'on peut trouver les renseignements les plus utiles, non-seulement pour s'assurer si tel ou tel article devait ou ne devait point être passé en compte courant, mais aussi pour rectifier les erreurs, plus fréquentes en temps de faillite qu'en aucun autre temps, sur la date des ventes, transports, encaissements et négociations de toutes espèces. On a vu réduire, par ce moyen, à moins de 10,000 fr., un compte courant qui se balançait par plus de 100,000 fr. en faveur de celui qui le présentait à la vérification. Une seule *erreur* de date en fit retrancher un article de 54,000 fr.

336. — Il est de la nature du contrat de compte courant:

1° Qu'il ne soit donné crédit des remises en papier, que *sauf l'encaissement*; c'est-à-dire à condition que l'effet sera payé. Cela est de la nature du contrat et non de son essence, car les remises en papiers sont autant de cessions ou transports de créances. Or, il peut être très-licitement convenu que le cédant ne répondra pas du payement de l'effet cédé; mais il faut pour cela une stipulation. Si l'effet n'est pas payé, et que celui qui l'a reçu justifie avoir fait *le nécessaire*, non-seulement il annule, par une contre-passation d'écritures, le crédit qu'il en avait donné, il se crédite à son tour des frais de protêt et autres frais légitimes auxquels a donné lieu ce défaut de payement, et même du capital de l'effet s'il l'a négocié, et que le por-

(1) C'est un indice grave de fraude lorsqu'on ne trouve pas chez un failli les lettres missives qu'il a reçues.

Digitized by Google

teurs s'en soit fait rembourser par lui. Néanmoins, bien que le remettant réponde de l'encaissement, il ne répond pas du cas fortuit qui aurait détruit le titre, car il en a transmis la propriété. Si donc vous m'avez crédité, au prix du cours, des 10,000 fr. d'emprunt d'Espagne que je vous ai remis, et que les titres aient été brûlés chez vous dans un incendie, c'est une perte que vous supportez seul; mon crédit n'en doit pas moins être maintenu; *res perit domino.*

337. — 2° Il est encore de la nature du contrat, et nom de son essence, parce que le contraire peut être convenu, que chaque remise porte intérêt, entre commerçants, à raison de 6 p. 100 par an, à dater du jour de l'encaissement. Il est en effet conforme à l'esprit du commerce que, si vous usez de mes fonds, et moi des vôtres, l'intérêt nous en soit dû, ou, ce qui est la même chose, que nous nous devions réciproquement l'intérêt des valeurs que nous nous entre-cédons. Aussi le compte courant est-il intitulé *compte courant et d'intérêts.* Dans la rigueur du droit, à part les remises qui n'ont pas été encaissées, aucun salaire ne devrait être perçu de part ni d'autre, puisque, par l'effet de la cession, chacun des correspondants n'a géré que sa propriété. Mais l'usage contraire a prévalu, et a été consacré par deux arrêts de la Cour de cassation que l'on peut voir au *Journal du Palais*, à la date du 19 décembre 1827 et du 4 février 1828 (1). Ainsi, à moins d'une convention exclusive, la commission est

(1) M. Pardessus enseigne (*ubi sup.*) que les deux correspondants sont réciproquement mandataires l'un de l'autre. Ceci est une erreur. Le cessionnaire d'une créance, *procurator in rem suam*, en est le vrai propriétaire, *verè dominus*. Par exemple, s'il n'a pas fait ce qu'il fallait faire pour recouvrer un effet, sans nul doute c'est pour son compte que l'effet a péri; mais il n'en répond pas comme comp-

Digitized by Google

respectivement acquise de droit, sans qu'on puisse dire qu'elle est un accroissement usuraire des intérêts.

Quant à la manière de régler les intérêts en compte courant, celle indiquée par notre définition est la seule compatible avec la nature de ce contrat. Dans les affaires en dehors du commerce, lorsqu'il y a créances et dettes réciproques, la compensation suit la règle établie pour l'imputation de payement (art. 1297, 1256 C. civ.), parce que la compensation est un double payement, ou que du moins elle en est l'équivalent. Elle éteint donc d'abord la dette que chaque débiteur avait le plus d'intérêt d'acquitter. Ainsi une dette qui emporte exécution, une dette dont il est dû intérêt ou qui est garantie, soit par un gage, soit par une hypothèque, subit la compensation par préférence à une simple dette. Rien de plus juste ni de plus sage. La règle se fonde sur la présomption que celui qui a payé a eu l'intention de faire ce que fait ordinairement un prudent débiteur : *Quod veteres ideò definierunt, quòd verisimilè videretur diligentem debitorem admonitu itâ negotium suum gesturum fuisse* (L. 97, D., *De solut.*).

Dans le compte courant, ce que veulent les parties, ce dont elles conviennent, c'est un crédit réciproque des remises faites réciproquement. Tant que le compte est

table, ou, ce qui est la même chose, comme mandataire; il supporte la perte, parce que, n'ayant pas fait *in rem suam* ce qu'il aurait dû faire, il a élevé contre lui une fin de non-recevoir. C'est le cas de la règle : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* Ce qu'il fallait dire, c'est que l'usage du commerce a consacré le droit de commission pour le commissionnaire *in rem suam*, et que cet usage est fondé en équité. Il l'est surtout quand l'effet n'est pas payé, ou que le recours s'est perdu ou est devenu inutile, sans la faute du cessionnaire.

Digitized by Google

courant, *stricto jure*, il n'y a, comme nous l'avons dit n° 335, *ni créance, ni dette, ni débiteur, ni créancier*; il n'y a même pas de comptable, et aucun des correspondants n'est intéressé à ce qu'une remise soit plutôt compensée qu'une autre remise. Elles ont toutes été faites sur un même pied d'égalité et dans un même but; par conséquent, toutes ont un droit égal à la compensation. Il ne se peut donc pas que tel article de crédit soit effacé par tel article de débit, et, si le compte est convenu avec intérêts, il est tout aussi impossible d'éteindre d'abord les intérêts, pour amortir ensuite le capital. Vous m'avez débité de 10,000 fr., espèces à moi comptées, et, huit jours après, je vous fais une remise égale. Si une partie de cette remise devait servir à éteindre l'intérêt des huit jours, puis le surplus s'imputer sur le capital ou débit de 10,000 fr., ce mode de régler détruirait le compte courant. Il nous supposerait, *hic et nunc*, vous mon créancier, moi votre débiteur. Ce serait *arrêter* le compte, l'empêcher de courir, en un mot, y mettre fin, tandis que nous n'avons voulu qu'établir une série de *crédits* et *débits*, sauf à déterminer, lors du règlement définitif, qui sera débiteur par le résultat d'une compensation générale.

338. — 3° A moins d'une convention contraire, il est de la nature du compte courant que le solde en soit exigible à volonté. C'est une conséquence du double principe que chacune des parties est libre de mettre fin au compte courant, et que le payement d'une dette sans terme convenu peut être exigé actuellement. Au reste, rien n'empêche qu'un terme soit convenu avant ou après le règlement du compte, et alors le solde forme un capital qui porte intérêt de plein droit, s'il n'y a convention contraire.

Mais, pendant que le compte est *courant*, à quelle épo-

Digitized by Google

que est-il permis, dans des règlements provisoires, de capitaliser les intérêts pour en tirer de nouveaux intérêts? M. Pardessus (*ubi sup.*) dit que « d'après la con« vention ou l'usage, l'intérêt peut être cumulé avec le « capital au bout d'un certain temps pour en produire « un nouveau. » A l'appui de cet enseignement, l'auteur indique deux arrêts de rejet, l'un du 10 novembre 1818, l'autre du 19 décembre 1827. Il nous est impossible de partager cette doctrine. Sans doute une grande faveur est due aux transactions commerciales, et l'on n'en connaît pas qui la mérite plus que le contrat de compte courant. Mais permettre de s'en servir pour pratiquer l'usure, c'est en détruire toute l'utilité, et même en faire un instrument de dommage: *Corruptio optimi, pessima.* S'il est impossible, comme nous le reconnaissons, d'appliquer rigoureusement aux opérations en compte courant l'article 1154 du Code civil, d'après lequel les intérêts échus des capitaux ne peuvent produire d'intérêts que lorsqu'ils sont dus au moins pour une année entière, du moins faut-il reconnaître que cet article est une loi d'ordre public, sans laquelle il serait facile de se jouer impunément de celle du 3 septembre 1807. Le commerce doit donc se conformer à l'esprit de ces lois, autant que le permet la nature des choses. L'usage adopté par plusieurs commerçants de capitaliser les intérêts tous les six mois, par quelques-uns même tous les trois mois, est une pratique manifestement usuraire, un abus criant que les tribunaux devraient réprimer. Cet abus entraîne la ruine d'un grand nombre de petits marchands qui, ayant presque toujours besoin d'avances, et ne pouvant presque jamais les compenser par des remises, mais seulement par de nouvelles obligations, se trouvent rapidement entraînés dans l'abîme (1).

(1) « Considérant, dit la Cour d'appel de Bourges dans un arrêt du

Digitized by Google

339. — Pour ce qui est des pactes accessoires ou clauses accidentelles du contrat, ils peuvent varier au gré de la volonté mutuelle, pourvu qu'il ne soit directement ni indirectement rien convenu de contraire aux bonnes mœurs et aux lois d'ordre public, *v. g.*, à celles qui concernent les intérêts. Mais ces lois ne sont nullement blessées par l'inégalité dans les conditions relatives aux intérêts que produira le solde du compte une fois terminé et réglé. Nous ne pourrions pas licitement convenir que, pendant le cours de nos négociations, mes remises porteraient intérêt à 6 p. 100, et les vôtres à 3 p. 100 seulement. Il y aurait, en résultat, une usure évidente. Mais nous pouvons très-bien convenir que, si le solde est contre moi, je n'en payerai l'intérêt qu'à raison de 3 p. 100, ou même que je n'en payerai pas du tout, tandis que vous me payerez 6 p. 100, si le solde est contre vous.

Rien n'empêche non plus qu'un banquier ou tout autre commerçant ne stipule, il est même de sa prudence de stipuler qu'il ne sera pas garant des diligences à faire aux effets sur tel ou tel pays, qui, à leur arrivée, n'auraient pas tel ou tel nombre de jours à courir, sur des pays étrangers, ou sur des localités sans bureau de poste, etc.., que la commission de l'un sera, *v. g.*, de 1/4, 1/2 p. 100, tandis que celle de l'autre ne sera que de 1/8, ou qu'il

« 18 décembre 1839..., qu'il faut regarder comme une violation ex-« presse de la loi, toute stipulation, *tout calcul* qui tendrait, sous « quelque prétexte que ce fût, à élever l'intérêt annuel ainsi fixé (par « la loi du 3 septembre 1807).....; qu'il est évident que l'élévation « de l'intérêt au-dessus du taux légal serait le résultat nécessaire du « calcul des intérêts à trois mois, et de la capitalisation de ces in-« térêts pour une nouvelle période semblable, et ainsi successive-« ment, etc.» (V. *Journal du palais*, à la date de l'arrêt).

Digitized by Google

n'en aura aucune ; que l'un répondra, et que l'autre ne répondra pas des événements de guerre, interdictions de commerce, ou tous autres cas fortuits qui détruiraient les effets depuis leur arrivée, ou feraient obstacle à leur réalisation ou recouvrement. Le difficile est de distinguer entre les pactes accessoires ceux qui sont usuraires et ceux qui ne le sont pas.

340.—Remise de valeurs en toute propriété, à charge de créditer le remettant, sauf règlement à due concurrence sur la masse du débit et du crédit, voilà, dans son essence, le compte courant tel qu'il s'est formé sous l'empire des usages et des conventions (1).

Néanmoins, des auteurs qui ont écrit sur ce sujet et qui l'ont traité sous le point de vue de la pratique, ont enseigné que le compte courant se compose d'une série de prêts partiels et successifs, de prêts réciproques qui n'établissent les rapports de créancier et de débiteur qu'à une époque marquée ; que les deux correspondants se font des prêts réciproques sous forme d'avances, ou des avances sous forme de prêts, et se constituent mandataires pour payer en acquit l'un de l'autre.

Or, rien ne répugne plus au compte courant que l'idée de prêt. En effet, qui ne voit que, s'il est de son essence que les avances et remises ne constituent aucun des deux correspondants *créancier* ni *débiteur*, tout prêt est impossible *per rerum naturam?* Dire que, tant que le compte courra, il y a seulement *crédit* et *débit*, mais

(1) V. *Cours de commerce, ou Guide pratique du commerçant et du teneur de livres*, etc., par M. Mongin. Cet ouvrage, qui a paru en 1856, confirme pleinement la doctrine que nous avions émise dans notre première édition.

Digitized by Google

non dettes réciproques, n'est-ce pas dire, en d'autres termes, que les parties n'entendent ni emprunter, ni prêter. Car qui prête est *créancier*, qui emprunte est *débiteur*. Or, un *débité* n'est pas plus débiteur qu'un *crédité*, créancier. Si donc il n'y a ni dette, ni créance, il n'y a ni prêt (1), ni convention de s'entre-faire des prêts ou des avances; d'ailleurs chacun des correspondants fait des remises à sa volonté, suivant ses convenances ou ses besoins.

Que l'on n'objecte pas que la profession du banquier consiste à prêter de l'argent, et que, de sa part, le prêt est un acte commercial (2).

On voit, chaque jour, des circulaires intitulées : *Maison de commerce et de banque;* on n'en voit point qui portent : *maison de commerce et de prêts.*

L'indignation publique inflige à certains prêteurs le

(1) Vendre à crédit ou prêter, acheter un effet de commerce ou en prêter le montant, prêter de l'argent ou en louer l'usage, sont des idées incompatibles. — Montesquieu savait bien que, si je vous loue ma maison, j'en conserve la propriété, et que vous prêter une somme, c'est vous en rendre propriétaire. Il a cependant écrit qu'on loue l'usage de l'argent. Mais, pour le dire, il avait un motif qui n'existe plus. La législation actuelle permet le prêt à intérêt, et la sacrée pénitencerie de Rome le tolère, en attendant la décision suprême du souverain pontife (V. M. Troplong, *Prêt*, préf., p. CLVI).

(2) Le prêt d'aucune espèce n'est nommément compris au nombre des actes de commerce définis par nos art. 631, 632, 633. Il n'y est compris que par une présomption qui peut être détruite.

« Le mineur marchand, dit Rogue, t. 1, p. 251, ne peut prêter « sans son tuteur. Le tuteur peut exiger l'argent prêté, sans égard « au terme. »

Qu'est-ce que cela veut dire, sinon que, *jure veteri*, le prêt n'était pas considéré comme un acte de commerce?

Il n'en est pas autrement *jure novo* (art. 2 C. comm.). Si un mineur régulièrement autorisé s'annonçait au public comme tenant une maison de prêts, le conseil de famille pourrait et devrait poursuivre la révocation de l'autorisation.

Digitized by Google

stigmate d'usurier ; on ne leur donne jamais la qualification de commerçants, et l'on distingua toujours le banquier du prêteur.

Distinction aussi juste que rationnelle ; car le banquier fait le négoce d'argent et des effets commerçables ; le prêteur à intérêt, un placement de capitaux. L'un court les chances de perte et de gain inhérentes à tout commerce (1) ; l'autre est, au contraire, certain de son capital et des intérêts, à moins que le débiteur ne manque.

Toute opération de banque est, par elle-même, un acte de commerce (art. 632 C. comm). Le prêt ne le devient qu'accidentellement.

Qu'un banquier fasse un prêt, c'est un acte en dehors de sa profession. «Les banquiers, dit Montesquieu (liv. 22, « ch. 16), sont faits pour changer de l'argent et non « pour en prêter (2). »

Voici en quels termes M. Troplong énonce la même vérité : « Un banquier, à proprement parler, ne prête

(1) Par exemple, un banquier de Paris vous donne aujourd'hui, 1er février, payable à trois usances, et au change de 2 1/2 p. 100, une traite de 50,000 fr. sur Bucharest. Le 1er mars suivant, l'empereur de Russie envahit la Valachie. A l'échéance, la traite est protestée, et, le jour de la retraite, le cours de Bucharest sur Paris est de 10 p. 100. Pour qui la perte de la différence, soit de 3,750 fr.? Evidemment pour le banquier, qui ne perdrait rien, s'il avait loué ou prêté.

L'Evangile lui-même, cette loi des lois, marque la différence entre le prêt et la banque. *Serve male et piger*, dit le maître à celui de ses esclaves auquel, en s'absentant, il avait confié un talent, *sciebas quià meto ubi non semino, et congrego ubi non sparsi. Oportuit ergò te committere pecuniam meam nummulariis* (aux banquiers) *et veniens ego recepissem utiquè quod meum est cum usuris* (Matth., cap. 25, vers. 15).

(2) Allez dire à un banquier qui se respecte : «Voulez-vous me prê« ter...» ou bien dites-lui : «voulez-vous que je vous prête 50,000 fr.?» Il se tiendra pour offensé, et vous renverra aux prêteurs d'argent.

Digitized by Google

« pas ; il achète pour revendre ou spéculer. » (*Contr. de* « *prêt*, n° 379.)

Il n'est pas vrai non plus que deux commerçants en compte courant soient mandataires aux fins de payer en l'acquit l'un de l'autre ; car, dans cette hypothèse d'un mandat, il s'établirait entre eux un compte de gestion, et ils entendent être en compte courant.

Que les remises en compte courant ne soient autre chose que des prêts, ou des avances sous forme de prêts, il faudra bien leur appliquer les règles de la compensation et de l'imputation des payements, ce qui ne pourrait se faire qu'en soldant le compte autant de fois qu'il y aurait eu de remises, et solder un compte, c'est l'arrêter. Mais rien ne répugne plus à l'objet du compte courant. Il est de son essence de n'être soldé qu'une fois, et de courir toujours jusqu'au solde.

Le compte courant est une opération de commerce *sui generis*.

Digitized by Google

§ IV.

DE LA NÉCESSITÉ, QU'IMPOSENT LA COMMISSION POUR ACHETER ET LA COMMISSION POUR VENDRE, DE BIEN SAVOIR LES RÈGLES DE LA VENTE COMMERCIALE; INDICATION DE CERTAINS PRINCIPES EXPOSÉS, ET QUI, SAUF QUELQUES MODIFICATIONS, RÉGISSENT LE CONTRAT DE COMMISSION ET LES VENTES DU COMMERCE.

SOMMAIRE.

341. Tout étant de rigueur dans un mandat impératif, le commissionnaire pour acheter ou acheteur pour compte doit avoir grand soin de traiter avec son vendeur, de manière à pouvoir exécuter lui-même exactement et ponctuellement le contrat qu'il a fait avec le commettant.

342. Exempt de faute, il ne répond ni de la témérité, ni de la mauvaise foi d'un vendeur, qui, ne pouvant ou ne voulant pas exécuter son engagement, rend impossible l'exécution du mandat. Mais il est responsable de l'inexécution, du retard et de la non-conformité dans l'exécution, s'il y a donné lieu par son impéritie dans ses stipulations avec le vendeur ou dans l'emploi des moyens par lesquels celui-ci pouvait être contraint à l'accomplissement de sa promesse. Sous tous ces rapports, l'ignorance de ses droits et de ses devoirs ne nuit pas moins au commissionnaire que sa négligence et son imprudence; sa position fâcheuse lorsqu'il s'est compromis par ignorance; double préjudice qu'il en souffre.

Digitized by Google

343. Indication démonstrative des notions élémentaires que l'acheteur et le vendeur pour compte ne peuvent pas ignorer, sans courir le risque de compromettre leur responsabilité ; par conséquent, nécessité pour les auteurs de donner sur la théorie des achats et ventes une instruction qui suffise à guider l'un et l'autre commissionnaire dans l'exécution de leur mandat respectif.

344. Attendu l'identité des principes de la vente et du mandat touchant l'incapacité légale de certaines personnes et les prohibitions relatives à certaines choses, renvoi au tome 1er.

345. Mêmes principes encore, et, par suite, même renvoi, pour savoir quand et comment les volontés se manifestent et se lient dans les achats et ventes ; cependant deux modifications.

346. Première modification : le mandat tacite est d'un usage fréquent dans le commerce ; la vente tacite est possible ; exemple qui le prouve ; mais l'usage n'en peut être que fort rare ; c'est une sorte d'abstraction. L'exemple cité par M. Troplong n'est pas l'espèce d'une vente tacite, même dans le droit romain d'où il est tiré ; c'est une *negotiorum gestio* suivant le droit civil ; un mandat tacite selon le droit commercial.

347. Seconde modification : elle se rapporte à la vente traitée entre absents par lettres missives. On peut contracter ainsi : sur commande faite en conformité d'un *prix courant* envoyé par le correspondant ; et sur commande au *prix courant* ignoré de l'acheteur, mais dont il suppose l'existence, et pour lequel il s'en rapporte à la loyauté du vendeur ; exemples et examen de ces deux modes de contracter ; ces ventes peuvent exister sans que l'acheteur soit ultérieurement avisé de l'accord du vendeur sur le prix ; pourquoi cet avis n'est pas nécessaire ; mais, nonobstant l'accord sur la chose et le prix, la commande peut être révoquée aussi longtemps que l'expédition n'est pas faite ; la raison.

348. Une troisième espèce de vente par correspondance est celle qui se fait sur prix offert ou demandé et à débattre ; exemples et examen de ce mode de contracter ; diffé-

Digitized by Google

rence entre cette espèce et les deux précédentes; exemple de la différence et des effets qu'elle produit; tant que l'auteur de l'offre ou de la demande n'en connaît pas l'acceptation, il lui est libre de la révoquer; l'acceptation une fois connue, plus de révocation arbitraire.

341. — Toutes les conventions commerciales que l'homme peut faire pour son propre compte, il peut les faire pour le compte d'un commettant, soit dans le nom de celui-ci, soit en son propre nom. S'il traite en son propre nom, il n'oblige que lui seul, et ce n'est qu'envers lui que le tiers s'oblige. Mais il n'en reste pas moins l'obligé du commettant, *ex causâ mandati*. Or, avons-nous dit (t. 2, nos 231, 264, 296 *et passim*), l'acceptation d'un mandat impératif n'impose pas seulement le devoir de faire *identiquement*, *entièrement* et *exclusivement* la chose commise; elle impose encore celui de faire cette chose dans les limites du prix, du temps et du lieu convenus. Tout est de rigueur dans ces prescriptions; elles sont toutes *de formâ mandati*, et, s'en écarter en la moindre chose (*anzi in menomissima parte*), hors d'un cas fortuit ou d'un cas insolite (V. t. 2, nos 183, 210 et 211), c'est prendre l'engagement de réparer le préjudice quelconque qui pourra résulter de la déviation.

La conséquence directe de ces principes dans leur application à un ordre d'achat, c'est que le contrat à faire avec le vendeur doit être conçu et combiné de manière que son exécution exacte et ponctuelle mette le commissionnaire à lieu d'exécuter exactement et ponctuellement lui-même le contrat qu'il a fait avec son commettant.

342. — Sans doute, s'il s'est conformé dans sa négociation aux lois et usages du commerce, et qu'il ait suivi ses

Digitized by Google

instructions quant à la chose et au prix, un commissionnaire ne répond pas de la mauvaise foi ou de la témérité d'un vendeur dont la promesse inexécutée, ou mal exécutée, entraîne par contre-coup l'inexécution ou la mauvaise exécution du mandat. C'est une sorte de cas fortuit qu'il ne garantit pas : *Culpâ redargui non potest mandatarius si in negotio sui principalis operatus sit secundùm stylum mercatorum; nec tenetur plus agere quàm quod ab aliis mercatoribus in loco ubi exequitur mandatum, observatum est* (Casareg., Disc. 176, n°s 42 et 43). Mais quand l'inexécution de la vente, ou son exécution non conforme à l'ordre accepté, provient de l'impéritie du commissionnaire dans ses stipulations avec le vendeur; si, par exemple la vente est nulle, ou que la chose achetée ne soit pas précisément celle qui faisait l'objet de la commission ; s'il a ignoré les moyens par lesquels l'autre contractant pouvait être contraint à remplir sa promesse, ou lui a créé quelque droit d'y manquer impunément ; alors une juste indemnité sera due au mandant, parce que, comme on l'a vu (t. 2, n° 235), accepter un mandat, c'est promettre d'apporter dans l'exécution tout le soin, toute l'habileté que cette exécution exige : *Spondet diligentiam industriam negotio gerendo parem.*

Ainsi, ce n'est pas seulement par négligence et par imprudence que le commissionnaire peut compromettre sa fortune; son ignorance produit le même effet, sous quelque nom qu'il agisse ; mais, lorsqu'il agit en son propre nom, et c'est presque toujours en son propre nom qu'il agit, ce mode d'agissement lui impose deux obligations distinctes ; car, de quelque manière qu'il se soit mis, sans le dol du vendeur, dans l'impuissance de livrer la chose conformément au prescrit de la commission, il peut être contraint à s'en livrer lui-même, encore bien

Digitized by Google

que le commettant ait le droit facultatif de la lui laisser *pour compte*. De là cette double nécessité de payer les dommages-intérêts résultant de l'inexécution du mandat, ou de son exécution tardive ou fautive, et de rester forcément acheteur d'une marchandise d'autant plus onéreuse pour lui que peut-être n'en fait-il pas le commerce, et que le cours a pu s'en abaisser considérablement depuis l'achat.

343. — Il faut donc que l'acheteur pour compte sache de quelle manière un lien de droit se forme entre le vendeur et lui ; sans quelles choses la vente ne peut exister ; ce qui en distingue l'imperfection de sa perfection, l'exécution imparfaite de sa consommation ou exécution parfaite, et quel est l'effet de la double distinction. Il ne doit pas ignorer quelles erreurs sur la chose laissent subsister la convention ou la rendent radicalement nulle ; pour quelles causes elle se résout de plein droit ou peut se résoudre en justice, et quels sont les résultats de la nullité ou de la résolution. En outre, ce commissionnaire doit bien connaître la propriété des conditions suspensives et des conditions résolutoires sous lesquelles il contracte ; le moment précis où la chose passe à ses risques ; enfin quand et comment les parties peuvent réciproquement se forcer à remplir leur promesse, ou à réparer le préjudice.

Ce qui est vrai du mandat pour acheter est également vrai et nécessairement vrai du mandat pour vendre ; car, au point de vue général, *achat* et *vente* sont deux corrélatifs tellement inséparables que l'esprit ne conçoit pas comment l'acheteur et le vendeur pourraient connaître leurs droits respectifs, si chacun d'eux ignore les obligations de l'autre ; et, comme la commission est tantôt pour acheter, tantôt pour vendre, il devient nécessaire de

Digitized by Google

donner ici, non pas une simple instruction sur le contrat de vente, mais un traité propre à guider les deux commissionnaires dans l'accomplissement de leurs devoirs et dans l'exercice de leurs droits.

344. — Une bonne partie de cette tâche est déjà remplie. D'une part, à certaines exceptions près, indiquées t. 1, chap. 2, § 3, nos 57 et suiv., touchant les mineurs, les interdits et les femmes en puissance de mari, nous avons ou n'avons pas la capacité légale d'acheter et de vendre, selon que nous sommes ou ne sommes pas légalement capables de donner ou d'accepter une commission. De même rien n'est valablement l'objet d'une vente, s'il ne peut être valablement la matière d'un mandat. Sous ce double aspect, nulle différence entre les principes qui régissent les deux conventions. Voyez donc ce qui est dit, t. 1, nos 44 et suiv., des diverses incapacités concernant les personnes et des prohibitions relatives aux choses.

345. — D'un autre côté, nous avons dit comment le contrat de commission se forme par le seul accord des volontés *in idem placitum* (1) ; par quels moyens ces mêmes volontés se manifestent et se lient (2), et quand le contrat est formé par lettres missives (3). Or, sur tout cela, qu'il s'agisse de vente et du droit des gens (*iuris naturalis*), les principes sont encore les mêmes, sauf deux modifications :

346. — Premièrement, nous avons enseigné (t. 2,

(1) T. 2, § 1, p. 89.
(2) T. 1, § 2, p. 157.
(3) T. 1, § 3, p. 172.

Digitized by Google

nos 47 et 48) qu'aboli, en général, pour les affaires du droit civil, le mandat tacite subsiste quant aux affaires commerciales, en ce sens même qu'il peut être donné tacitement.

La vente et l'achat peuvent aussi se faire d'une manière tacite : *v. g.*, entré chez un marchand chapelier à qui je ne dis mot et qui ne me dit rien, mais qui me voit comme je le vois moi-même, je dépose sur le comptoir une somme de 12 fr. dont le marchand s'empare ; puis j'emporte librement le chapeau que j'avais essayé. Les volontés se sont liées, le consentement mutuel n'est pas douteux ; la vente est plus que parfaite ; elle est consommée. Il est donc vrai de dire de la vente comme du mandat : *Consensus non minùs ex facto quàm ex verbis colligitur* (Casareg., Disc. 184, n° 4). La seule différence entre une telle vente et le mandat tacite (différence toute de fait), c'est que ce dernier contrat est des plus fréquents dans le commerce, tandis que l'autre n'y peut être que des plus rares. C'est une sorte d'abstraction, et nous n'en parlons ici que pour relever une erreur contraire à notre enseignement.

On a coutume de proposer pour exemple d'une vente tacite un cas qui se présente assez souvent en affaires commerciales, celui d'un copropriétaire assistant impassible et silencieusement à la vente que son copropriétaire fait de la chose commune. Après avoir rappelé que chez les Romains la vente pouvait se faire verbalement ou par lettres et entre absents, voici en quels termes M. Troplong s'exprime : « Scævola décidait même que le consentement « pouvait n'être que tacite, dans le cas par exemple où, « un communiste vendant la totalité d'une chose qui lui « appartient pour moitié, le propriétaire s'associe à la « vente pour sa portion, en y étant présent et en ne

Digitized by Google

« témoignant pas de dissentiment. » (*Vente*, n° 18.)

Scævola ne donne pas cet exemple pour celui d'une vente tacite ; il dit seulement que chacun des communistes est *censé* avoir vendu sa part : *Respondi, si cohæredes præsentes adfuerunt, nec dissenserunt*, videri *unumquemque partem suam vendidisse* (L. D., 12, *De evict.*). Ce mot *videri* marque une fiction introduite *contrà rationem juris ;* effectivement cela ne peut être vrai selon le droit naturel, et ne l'est même pas chez nous selon le droit civil ;

Car, dans toute convention synallagmatique telle que la vente, principe incontestable, le contrat ne se forme qu'autant que les volontés se lient (V. t. 1, chap. 3, §§ 1, 2, 3). Lors donc qu'en achetant une chose qui vous est commune avec celui qui me la vend, j'ignore votre copropriété, je ne contracte ni ne peux même pas contracter avec vous ; je ne contracte qu'avec mon vendeur. D'après le Code civil (art. 1372), ce vendeur est un *negotiorum gestor* (1), et votre mandataire *per patientiam*, selon le droit commercial (V. t. 1, *ubi suprà*). Je suis donc libéré à l'instant même par l'effet de la compensation, si je me trouve à son égard dans le cas de la compensation, ou si, sans opposition de votre part, je lui paye en deniers le prix de mon achat ; s'il tombe en faillite et que la chose soit un corps certain, j'ai le droit de la revendiquer tout entière.

Il y a plus : eussé-je connu votre copropriété, le droit serait le même, du moins en matière de commerce, si, comme l'espèce le suppose, j'ai acheté d'un vendeur agissant en son propre nom. En effet, ces sortes de négocia-

(1) Art. 1372 du Code civil : « Lorsque volontairement on gère « l'affaire d'autrui, soit que le propriétaire *connaisse la gestion*, soit « qu'il l'ignore, etc. »

Digitized by Google

tions étant autorisées par la loi commerciale (art. 91), dès qu'on me vend, sous vos yeux, l'entier d'une chose dont, *v. g.*, la moitié vous appartient, que dois-je conclure de votre silencieuse impassibilité, sinon que, d'accord avec vous, le vendeur agit pour votre compte commun, *suo sub proprio nomine?* Me saviez-vous dans l'erreur, il fallait m'en retirer. Or un contrat n'opère qu'entre ceux qui contractent : *Personam contrahentium non egrediuntur contractus.* Ce principe est encore de toute certitude (Voyez-en la preuve et les principales conséquences, t. 3, n° 53 et suiv.). Je suis donc bien libéré en payant le prix à celui qui m'a vendu, et ce n'est même qu'à lui que je peux payer avec sécurité. Réciproquement je n'ai nulle action contre vous ; lui seul me doit la délivrance ; lui seul aussi me répond de l'éviction et des vices rédhibitoires.

347. — La seconde modification se rapporte aux ventes traitées entre absents par lettres missives.

Une vente peut se traiter ainsi de trois manières différentes :

Par commande faite en conformité d'un *prix courant*, que les manufacturiers et les maisons de commerce sont dans l'usage d'envoyer circulairement à leurs correspondants ou à des personnes avec lesquelles ils ont le désir de se lier d'affaires : *v. g.*, « J'ai sous les yeux le prix « courant de vos Médoc 1858. Veuillez m'en expédier « dix tonneaux bien conditionnés, par l'un des premiers « navires qui partiront de votre port. »

En second lieu, celui qui fait la commande peut aussi n'avoir pas reçu les *prix courants* de la maison à laquelle il s'adresse, et s'en rapporter sur ce point à la bonne foi de cette maison : par exemple : « Je ne sais pas le prix « courant de vos Louviers superfins, teints en bleu ; mais

Digitized by Google

« plein de confiance dans votre loyauté, je vous prie de « m'en expédier 300 mètres par les accélérés. »

L'existence de ces ventes n'exige pas que l'acheteur soit ultérieurement informé du consentement du vendeur. La raison en est évidente.

Au premier cas, c'est le vendeur lui-même qui, par la remise de son *prix courant*, a offert la chose et fixé le prix. Conséquemment, je connais sa volonté au moment où je lui écris, je la connaîtrai encore quand il recevra l'ordre qui lui fera connaître la mienne ; car, à moins d'une manifestation contraire ou modificative, chacun est censé persister dans la volonté qu'il a une fois émise, *Mercator præsumitur in eâdem voluntate perseverare* (Casareg., Disc. 119, n° 32). Les deux volontés s'entre-connaissent donc ; elles peuvent donc se lier, et je suis certain de me conformer à celle du vendeur, en commandant la chose offerte et en promettant le prix demandé par son *prix courant* qui le représente auprès de moi. Dès lors, qu'ai-je besoin d'un nouvel avis pour me faire savoir ce que je savais d'avance? C'est ainsi qu'accepté de fait, le mandat *per epistolam* devient un contrat parfait dès l'instant de cette acceptation, bien qu'elle soit ignorée du commettant qui a pris l'initiative. (V. t. 2, n° 57.)

Au deuxième cas, la vente n'existe pas moins. L'acheteur ignore, il est vrai, quel peut être, chez le vendeur, le *prix courant* de la chose dont il a fait la commande; mais, s'il ne connaît point ce *prix courant*, il en suppose l'existence, et consent à contracter sous la seule garantie de la bonne foi du correspondant. Il ne manquerait au contrat une des choses nécessaires pour qu'il existe, que si le *prix courant* n'existait pas. En un mot, c'est comme si l'acheteur avait dit: *J'achète pour le prix que vous vendez communément aux autres.* Or, nous verrons bien-

Digitized by Google

tôt (t. 4, ch. 2, § 2) qu'une telle promesse engage : *Valet venditio quanti communiter vendatur* (Casareg., Disc. 44, n° 57).

Par conséquent, dans l'un et l'autre cas, *l'expédition une fois faite*, l'acheteur n'est plus à temps de révoquer sa commande.

Mais pourquoi le peut-il jusqu'alors ? Puisque l'accord est parfait sur la chose et le prix, d'où me vient cette faculté de le résoudre arbitrairement ? C'est que, outre mon consentement à la vente, ma lettre contient le mandat de *m'expédier* la chose, et que cet ordre accepté forme un contrat inhérent à la vente elle-même. Or, deux conventions, dont l'une inhère à l'autre et en est la condition, sont indivisibles ; et, comme le mandat est essentiellement révocable aussi longtemps et autant qu'il n'a pas reçu son exécution (V. n° 268), la révocation de mon achat est l'effet nécessaire de la révocation de mon mandat.

Au reste, la vente contractée par commande sur un *prix courant* remis et reçu a beaucoup d'affinité avec la promesse de vendre, laquelle sera l'objet d'observations particulières. On y explique jusqu'à quel point le vendeur lui-même se trouve lié.

348. — Enfin, une troisième espèce de vente peut être traitée entre absents. C'est un marché qui se fait sur prix offert ou demandé par lettre, et à débattre par la correspondance : *v. g.* : « J'apprends que vous cessez vos expé-« ditions pour la côte de Coromandel. Voulez-vous « 100,000 fr. de votre corvette *la Jolie Fanny ?* »

Ou bien : « Je suis résolu à me retirer de la pêche des « cétacées : mon brick *l'Espadon* vous convient-il pour « 80,000 fr. ? »

Digitized by Google

Or, il n'en est plus de cette vente comme de celles traitées par commande, en conformité d'un prix courant. Dans les marchés de cette espèce, dès que la chose est sortie des magasins du vendeur, la vente et le mandat sont également irrévocables. Mais l'espèce présente ne suppose pas plus de mandat que d'expédition. Elle en exclut l'idée, ou du moins ne pourrait-elle admettre que l'idée d'un mandat conditionnel, puisque le prix est encore en débat. Le contrat ne sera donc formé qu'à l'instant où l'auteur, soit de l'offre, soit de la demande et même, le cas échéant, de la dernière modification proposée, en aura connu l'acceptation. Jusqu'à ce temps, rien de définitif; libre à chacun de se rétracter (V. t. 1, chap. 3, § 3).

Entre la vente de cette espèce et les deux espèces qui précèdent, la différence est considérable : par exemple, si je vous mande de Paris à Strasbourg d'acheter pour mon compte, au prix du cours, 400 sacs de houblon et de les tenir à ma disposition, une seule démarche de votre part, l'eussiez-vous faite à mon insu, pour parvenir à l'exécution de ce mandat, en implique l'acceptation, et, entre autres engagements, celui de l'exécuter *in tempore debito* (V. t. 2, n° 52).

Cependant, au lieu d'acheter sur place, ce qui vous était facile, et voulant, *v. g.*, favoriser un ami de Lunéville, vous lui demandez par lettre les 400 sacs livrables sous tel délai, au même prix que celui de votre résidence. Peu de jours après, votre ami vous répond que c'est marché conclu. Mais, au départ de la malle-poste, informé qu'une hausse va se déclarer, il part lui-même en toute hâte; arrive chez vous et vous dit : « Je vous ai « mandé ce matin que nous étions d'accord ; mais, ré- « flexion faite, tenez pour non avenue ma lettre qu'on « vous remettra tout à l'heure. » On peut blâmer ce

Digitized by Google

correspondant : *non omne quod licèt honestum est*; mais il est dans son droit, Pour lui donc le profit de la hausse, et pour vous la perte, car vous aurez à m'en tenir compte. Vous avez commis une faute. Il fallait acheter sans retard, puisque vous en aviez la possibilité : *Mora statìm committitur ex eo quòd quis habuerit facultatem agendi et non egit* (V. t. 2, n° 264).

Mais, lorsque le marché se traite à prix débattu par la correspondance, plus de rétractation possible du moment où l'auteur soit de la demande, soit de l'offre, en a connu l'acceptation ; l'avis qu'il en reçoit met le dernier sceau à l'existence du contrat.

Dans notre dernière espèce, remarquons-le bien, il n'y a d'autre vendeur que l'ami de Lunéville ; vous êtes acheteur à son égard, et, par rapport à moi, commissionnaire pour acheter. Or l'on conçoit aisément, *mutatis mutandis*, une faute analogue à la vôtre dans l'exécution d'un mandat pour vendre, et, par suite de cette faute, la même responsabilité.

FIN DU TROISIÈME VOLUME.

Digitized by Google

TABLE

DES CHAPITRES ET DES PARAGRAPHES

DU IIIe VOLUME

CHAPITRE I.

Pages

De la responsabilité des fautes en matière de mandat et des dommages-intérêts qui en résultent, selon le droit civil et selon le droit commercial..... 1

De la solidarité passive en matière de commission..... 1

§ I. De la responsabilité des fautes et des dommages-intérêts qui en résultent..... 1

§ II. De la solidarité passive en matière de commission.... 34

CHAPITRE II.

Des obligations du commissionnaire envers le tiers qui traite avec lui..... 65

CHAPITRE III.

Des obligations, en général, du commettant envers le commissionnaire..... 103

§ I. De l'obligation de payer au commissionnaire le droit de commission..... 105

1° De la commission simple..... 110

2° De la commission *del credere*..... 126

§ II. De l'obligation de rembourser au commissionnaire ses avances et frais, et de l'indemniser des pertes éprouvées par suite du mandat..... 149

§ III. De l'obligation d'indemniser ou de garantir le commissionnaire des engagements personnels qu'il a contractés..... 160

§ IV. De la solidarité entre plusieurs commettants..... 175

Digitized by Google

CHAPITRE IV.

Pages.

Des obligations du commettant envers le tiers avec lequel le commissionnaire a traité..... 179

CHAPITRE V.

De la commission en matière d'assurance..... 197
Caractère distinctif du contrat d'assurance; sa définition..... 206
Des choses qui le constituent; ses effets principaux..... 207
De la nécessité d'exprimer le *pour compte*..... 228
Identification du commettant et du commissionnaire, tant que dure le pour compte..... 233
Cessation du pour compte par la révélation du commettant; conséquences..... 247

CHAPITRE VI.

De la faillite en matière de commission..... 257
§ I. De la revendication du commettant dans la faillite du commissionnaire..... 259
§ II. Du droit de rétention ou du privilége du commissionnaire dans la faillite du commettant..... 300

CHAPITRE VII.

Des diverses manières dont finit le contrat de commission; du compte à rendre par le commissionnaire; du compte courant..... 359
§ I. Des différentes manières dont finit le contrat de commission, et des différents effets de la cessation du mandat..... 361
II. Du compte à rendre par le commissionnaire..... 390
III. Du compte courant..... 421
IV. Transition aux achats et ventes, ou de la nécessité pour le commettant et le commissionnaire de bien savoir le droit des opérations fondamentales du commerce. 454

Paris. — Typ. de Cosson et Comp., rue du Four-Saint-Germain, 43.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google